

CARMELO TABA VAZQUEZ

EL DENOMINADO DELITO DE SOSPECHA O DE POSICION

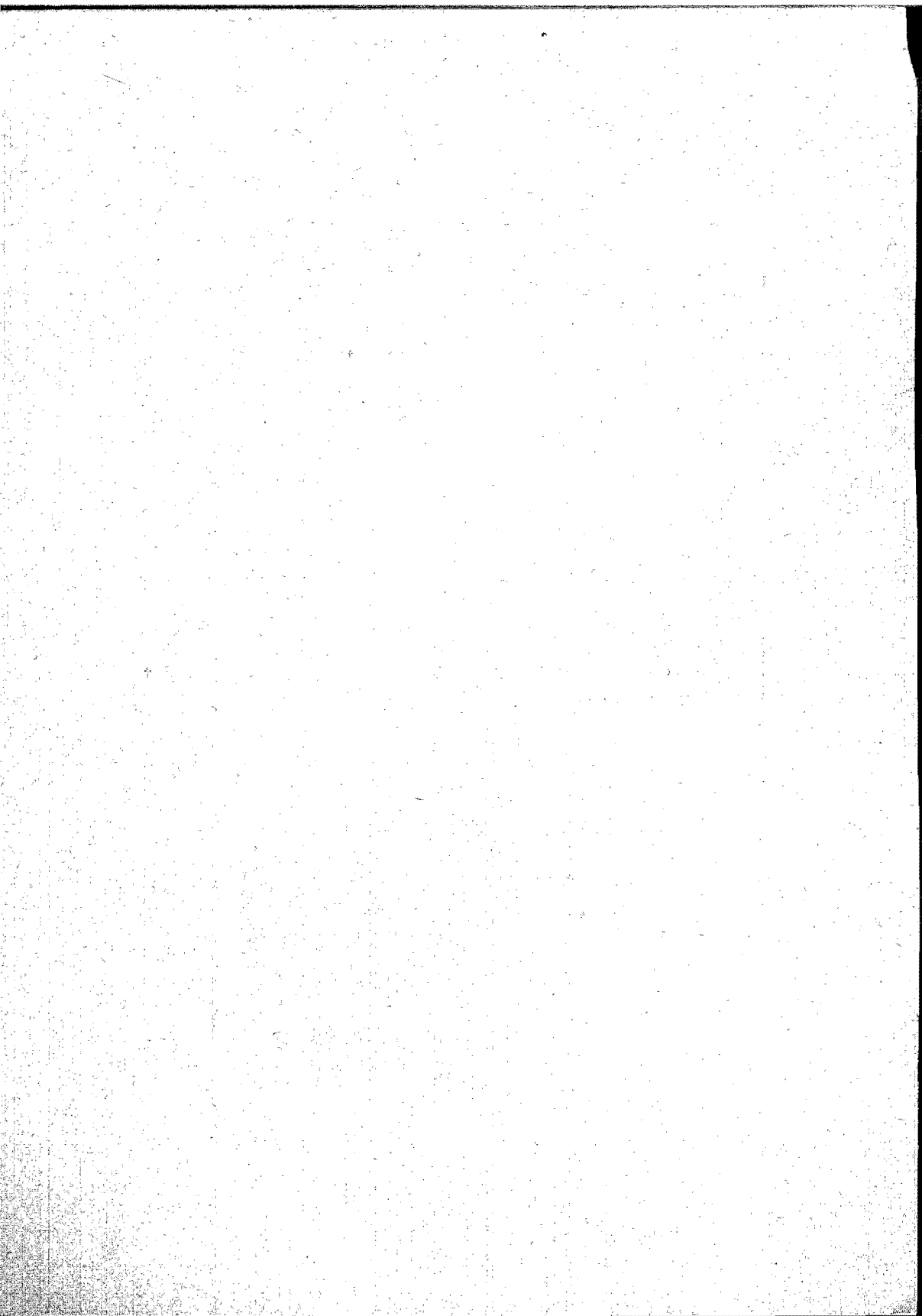
(Artículo 256 del Código Penal)

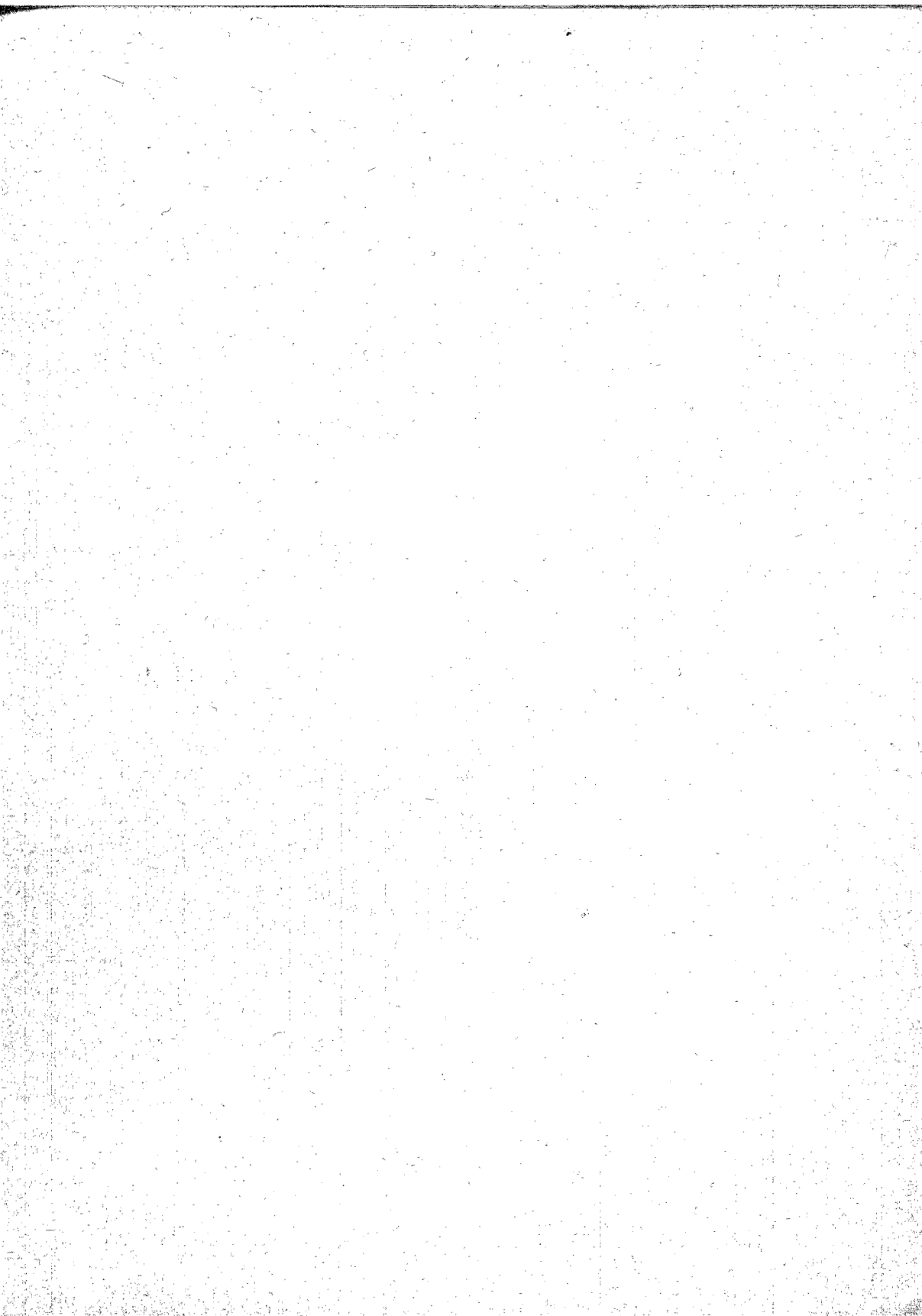


Escuela Nac. de Jurisprudencia
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

MEXICO

1968





C A P I T U L O I

SUMARIO: I.- GENESIS DE LA TERMINOLOGIA, "DELITO DE SOSPECHA Y DELITO DE POSICION". II.- CRITICAS. III.- EL TERMINO "PRESUNCION DE ACCION". CRITICA. IV.- LA LEY PREVENTIVA ESPAÑOLA DE 4 DE AGOSTO DE 1933: A) LEY RELATIVA A VAGOS Y MALEANTES; B) CRITICAS; C) OPINIONES DE EUGENIO CUELLO CALON Y LUIS JIMENEZ DE ASUA; D) CRITICA A JIMENEZ DE ASUA. V.- DIFERENCIAS ENTRE LA LEY PENAL Y LA PREVENTIVA Y SUS EFECTOS EN EL TIPO DE SOSPECHA O DE POSICION; A) TEORIAS AL RESPECTO: 1 TEORIA POSITIVISTA; 2 TEORIA MONISTA; 3 TEORIA DUALISTA. B) CRITICAS A ESTAS TEORIAS Y SU APLICACION AL DELITO DE SOSPECHA O DE POSICION.

I.- GENESIS DE LA TERMINOLOGIA. "DELITO DE SOSPECHA Y DELITO DE POSICION": El estudio de la presente tesis, lo vamos a iniciar partiendo de las diferentes denominaciones que los tratadistas del derecho penal han dado a ciertos tipos delictivos, los que según sus conclusiones no requieren de una conducta para ser tipificados. Así, Manzini los califica como delitos de "sospecha"; Bellavista los identifica por delitos de "posición" y, Bettiol, los llama delitos de "presunción de acción".

El objeto de empezar a estudiar estos delitos por su terminología, es con el propósito de analizarlos simultáneamente en las leyes penales y preventivas, sin detenernos en su evolución histórica en virtud de considerarlo prolijo, en cuanto es imposible determinar con precisión su nacimiento en el campo del derecho penal. Sólo apuntaremos que con anterioridad a su reglamentación en los códigos represivos y con las modernas corrientes doctrinarias en leyes preventivas, eran leyes de PREVENCIÓN CRIMINAL que pertenecían a reglamentos de policía, tal y como lo indican Petrocelli y Jiménez de Asúa (1)

La terminología de este delito se inicia en Italia, siendo Manzini el que emplea por primera vez esta denominación, calificando a ciertos delitos como de "sospecha", porque según dicho autor, son delitos sin conducta, afirmando lo anterior con los siguientes términos:

(1) Tratado de Derecho Penal, III, p. 452. ed. 1958.

"Ninguno, antes de nosotros, había advertido que existen delitos no comisivos ni omisivos, en cuanto no consisten en un hecho, ni positivo ni negativo, sino simplemente en un estado individual, que, por sí mismo, no constituye infracción de ningún mandato o prohibición penal, sino que es incriminado solamente por la sospecha que despierta".

"El delito se concreta desde luego, también en este caso, en un evento, pero tal evento, en lugar de estar determinado por una acción o por una omisión individual, depende de una apropiación hecha por la autoridad en base a determinados elementos establecidos por la ley".

"En los delitos en exámen no es que la sospecha sea suficiente para suplir a la prueba de un determinado delito, esto es, que funde una presunción de culpabilidad; sino que es el despertar sospecha lo que constituye el mismo delito, independientemente del hecho que se sospecha cometido". (2).

La existencia del delito de "sospecha" lo deriva Manzini de los artículos 707 y 708 del Código Penal Italiano vigente, que prescribe:

Artículo 707: "Posesión injustificada de llaves falsas o de ganzúas.- El que, habiendo sido condenado por delitos determinados por motivos de lucro, o por contravenciones relativas a la

(2) Tratado de Derecho penal, II, p. 96 y sgts. EDIAR Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1948.

prevención de delitos contra el patrimonio, o por mendicidad, o habiendo sido amonestado o sometido a alguna medida de seguridad personal o a caución de buena conducta, sea cogido en posesión de llavés alteradas o falsas, o de llaves legítimas, o de instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras, cuya destinación actual no justifique, será castigado con arresto de seis meses a dos años" (3).

Artículo 708: "Posesión injustificada de valores.- El que, hallándose en las condiciones personales indicadas en el artículo precedente, sea cogido en posesión de dinero o de objetos de valor, o de otras cosas no correspondientes a su estado, y cuya procedencia no justifique, será castigado con arresto de tres meses a un año" (4).

En esas descripciones del tipo establecido por el Código Penal Italiano vigente, según Manzini, no se exige una conducta para que exista el delito, pues a pesar de que hay un resultado la conducta que lo ha producido no tiene importancia para la existencia de dicho delito "sino sólo eventualmente incriminante" (5). Porque la posesión "no es ni una acción ni una omisión, sino

(3) Artículo 707: "Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli.- Chiunque essendo sttato condannato per delitti determinati da motiva di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendicità, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a forzare serrature, del quali non giustifichi l'attuale destinazione, è punito con l'arresto de seis mesi a due anni"

(4) Artículo 708: "Possesso ingiustificato di valori.- Chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell'articolo precedente, è cotto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose con confecenti al suo sttato, e dei quali non giustifichi la provenienza, è punito con l'arresto de tre mesi a un anno"

(5) Tratado, II, p. 97.

un evento, un estado; la acción es la de quien descubre aquella posesión, y no del poseedor" (6). Posteriormente Manzini sigue diciendo: "Por otra parte, ningún deber jurídico tiene el poseedor de despojarse de aquella posesión. Tampoco la omisión de justificar la posesión es elemento constitutivo del delito, sino condición de punibilidad, y tal justificación puede también ser imposible por causas independientes del origen de la posesión" (7).

El otro término usado por las corrientes doctrinarias, es el denominar a este delito, como de "posición". Así, Girolamo Bellavista, cree que es más exacto llamar a esos delitos que Manzini califica de "sospecha", delitos de "posición", en virtud de que piensa en la existencia de un tercer elemento dentro de la conducta, que no implican ni una acción ni una omisión, y por ende, el que delinque en este tipo de delito se sitúa en esa tercera posición. Con relación a esto, el tratadista que comentamos nos dice: "No sólo las dos especies corrientes en el lenguaje de la doctrina tradicional, sino además un tertium quid, que es la posición, que se sitúa al lado de la acción y de la omisión para constituir la facies de los delitos. Por consecuencia, y en orden a la clasificación de los delitos respecto a su esencia formal, hemos llegado, además reconocer por inducción, junto a los delitos de acción y de omisión, una tercera categoría de delitos que hemos llamado de posición, modificando así la terminología de delitos de mera sospecha, que parece impropia e inexacta" (8).

(6) Tratado, II, p. 97.

(7) Tratado, II, p. 97.

(8) Citado por Luis Jiménez de Asúa en su tratado, III, p. 451.

Esta otra terminología, la podemos identificar como un sinónimo de los llamados delitos de "sospecha", ya que implica al igual que ésta, una forma de identificar o determinar ilustrativamente el tipo de esos delitos, como doctrinariamente se ha venido haciendo. Y por ello, hacemos la misma crítica ya que no aceptamos ese tercer elemento constitutivo de la conducta.

II.- CRITICAS: Las críticas que a continuación transcribimos, competen tanto a la tesis de Manzini en su terminología de delitos de "sospecha", como a la de Bellavista en su terminología referente a los delitos de "posición".

Con relación a este aserto, Agioni y Pergola, nos dicen que "en los llamados delitos de sospecha hay una acción, por el hecho de ponerse voluntariamente en posesión de la cosa y una omisión por no justificar su procedencia" (9).

Para Delitala, "la posesión injustificada no es un delito de sospecha sino una sospecha de delito" (10).

Florian al referirse a los delitos de "sospecha" o de "posición" nos dice: "No se concibe, como la posesión indebida de una cosa puede constituir un estado; además parece evidente que hay una acción que se concreta en la posesión; en fin, nos parece, que vanamente se va en busca de sutilezas, mientras el sentido común nos enseña que en esos casos existe una materialidad de hecho, en la cual el legislador reconoce una peligrosidad presunta" (11).

(9) Citados por Luis Jiménez de Asúa en su Tratado, III, p. 451.

(10) Citado por Luis Jiménez de Asúa en su tratado, III, p. 451.

(11) Citado por Luis Jiménez de Asúa en su Tratado, III, p. 451.

Petrocelli cuando critica al creador del término delito de "sospecha" opina que "en los casos indicados por Manzini aparece evidente la existencia de una conducta que es objeto del mandato jurídico penal" y piensa que la ley "será todo lo elástica y peligrosa que se quiera, pero indica la necesidad de una conducta" y hace notar que se trata de "supervivencia de viejas leyes de policía" (12).

Y Grispingi, analizando el delito en estudio, piensa que "si el delito es esencialmente conducta humana, no se puede admitir la existencia de delitos que no consisten en un hecho, ni positivo ni negativo, sino simplemente en un estado individual que es incriminado únicamente por la sospecha que despierta. A propósito, es necesario no confundir el motivo por el que se pena el hecho con los elementos constitutivos del hecho mismo. En verdad no hay duda de que en los llamados delitos de sospecha se pena el hecho porque hay motivos para creer que el mismo está en relación con un delito ya acontecido o en proclividad de cometerse. Pero esto no significa que lo que se pena sea una conducta — voluntaria" (13).

(12) Citado por Luis Jiménez de Asúa en su tratado, III, p. 451.

(13) "Se il reato è essenzialmente condotta umana, non si può ammettere l'esistenza di reati che non consistono in un fatto, né positivo né negativo, bensì semplicemente in uno stato individuale che è incriminato soltanto pel sospetto che desta (cosiddetti reati di sospetto). In proposito infatti occorre non confondere il motivo per cui si punisce il fatto con gli elementi costitutive del fatto stesso. Ed invero niun dubbio che nei cosiddetti reati di sospetto si punisca il fatto perché v'è motivo di ritenere che il medesimo sia in rapporto con un reato già avvenuto o in procinto di essere commesso. Ma questo non significa che ciò che si punisce non sia una condotta volontaria". Diritto Penale Italiano, pp. 30-31. Padova, 1945.

Por su parte Celestino Porte Petit (14) niega la existencia de los delitos sin conducta, de sospecha o de posición.

Para terminar con la exposición de las críticas, nos referiremos por último al profesor Vannini, quien se expresa en la siguiente forma: "Delitos sin acción y sin omisión no existen: en los delitos llamados de mera sospecha, previstos en los arts. 707 y 708 del Código Penal, no falta la conducta culpable, la cual consiste precisamente en negarse voluntariamente a ofrecer los elementos de justificación exigidos por las normas mencionadas, o bien (v. Bettiol) en el apoderamiento supuesto ilícito (presunción relativa)" (15).

III.- EL TERMINO "PRESUNCION DE ACCION" Para concluir con la terminología, nos referiremos a una forma más de calificar los delitos que con antelación hemos llamado de "sospecha" o de "posición", la cual consiste en identificarlos como delitos de "presunción de acción". Este término, fué usado por Bettiol, en la forma que a continuación anotamos:

"No existen delitos sin acción. Bellavista ha expuesto su opinión respecto de los delitos previstos en los arts. 707 y 708. Estos serían delitos de simple "posición", en los cuales el hombre delinque, no en cuanto actúa, sino en cuanto es. A nuestro juicio, sin embargo, todas las discusiones surgidas en torno de esos artículos encierran un error de perspectiva, porque el debate debe llevarse del terreno del derecho sustantivo al del proceso, a propósito de la carga de la prueba.

(14) Programa de la Parte General del Derecho Penal, p. 209, 1a. ed.

(15) Citado por Celestino Porte Petit en su Programa, p. 209.

En otras palabras, no se trata ya de que en los delitos referidos falte la acción, porque de no ser así se llegaría a admitir la existencia de una 'posesión' falta de causa, sino que se presume -por las calidades indicadoras del sujeto que la causa (acción) de la posesión es ilícita, mientras que si faltaran las calidades indicadoras estaríamos en presencia de una posesión perfectamente legítima. Sin embargo, la presunción de la ilicitud de la adquisición no es absoluta sino relativa, porque el imputado puede justificar su procedencia para hacer caer la presunción de una conducta determinada en general (delitos contra el patrimonio) pero indeterminada en la especie" (16).

CRITICA.- A juicio nuestro, la tesis de Bettiol nos parece la menos aceptable, en razón de que no es posible tratar de encontrarle solución en el derecho adjetivo a este problema relativo a la conducta, porque como el mismo autor lo apunta "no se trata ya de que en los delitos referidos falte la acción", y la presunción a que alude carece de relevancia".

IV.- LA LEY PREVENTIVA ESPAÑOLA DE 4 DE AGOSTO DE 1933: La ley a que a continuación nos referimos, es un código eminentemente preventivo, cuyas disposiciones tienen como fin aplicar a los individuos declarados en estado peligroso, una o varias medidas de seguridad con el propósito de proteger a la sociedad. No nos detendremos en el examen de dicho ordenamiento, sino únicamente nos ceñiremos a lo establecido en el número 3o. del artículo 2, que prescribe una figura jurídica similar a la "sospecha" o "posición" de los artículos 707 y 708 del Código Penal Italiano en vigor.

(16) Derecho Penal, pp. 208-209. Ed. Temis. Bogotá, 1965.

A) LEY RELATIVA A VAGOS Y MALEANTES.- En esta Ley encontramos en su artículo 2 número 3o., una disposición que es en cuanto a su esencia, semejante a lo previsto en los artículos 707 y 708 del Código Penal Italiano vigente:

Artículo 2.- "Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley":

"3o. Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia".

El Ordenamiento de 4 de agosto de 1933, prescribe para los infractores del apartado 3o., del artículo 2 transcrito, las siguientes medidas de seguridad:

Artículo 4.- "Son medidas de seguridad":

"1a. Internado en un Establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas, por tiempo indeterminado, que no podrá exceder de tres años".

"5a. Obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado por el tiempo que establezcan los Tribunales".

"7a. Sumisión a la vigilancia de la autoridad".

"La vigilancia será ejercitada por delegados especiales y tendrá carácter tutelar y de protección".

“Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su custodia”.

“La duración de esta medida será de uno a cinco años, y podrá ser reemplazada por caución de conducta (17 de esta ley)”.

“No podrán ser fiadores los ascendientes, descendientes y el cónyuge”.

“9a. Incautación y pérdida, en favor del Estado, de dinero o efectos”.

B) CRITICAS.- Hemos transcrito de la Ley Española de 4 de Agosto de 1933, en el rubro inmediato superior, los artículos que son en cuanto a su esencia, iguales a los que en la doctrina italiana dieron motivo a Manzini para hablar de delitos de “sospecha” y a Bellavista de delitos de “posición”, existiendo la diferencia de que los artículos 707 y 708 del Código Penal Italiano, prescriben penas de prisión que pueden ser de tres meses a un año y de seis meses a dos años respectivamente, mientras que el artículo 6 número 3o., incisos a), b), c), y d), de la Ley Relativa a Vagos y Maleantes, por tratarse de una disposición preventiva, ordena la aplicación de diversas “medidas de seguridad”.

Para nosotros, esta Ley española, por los errores que tiene al determinar las medidas preventivas, es ineficaz; porque cuando prescribe en el artículo 6: “Las medidas de seguridad se aplicarán a las categorías de sujetos peligrosos, de la forma siguiente:”

“3o. A Los que no justifiquen la posesión legítima de dinero o efectos, se les aplicarán simultáneamente las dos primeras siguientes medidas, y, sucesivamente, las dos restantes”.

“a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola. (Que según el Art. 4 - 1a., es “por tiempo indeterminado, que no podrá exceder de tres años”)

“b) Pérdida del dinero y efectos incautados”.

“c) Obligación de declarar su domicilio. (Que según el Art. 4 - 5a., es “por el tiempo que establezcan los Tribunales”)

“d) Sumisión a la vigilancia de Delegados. (Que según el Art. 4 - 7a., “será de uno a cinco años, y podrá ser reemplazada por caución de conducta (17 de esta ley)”

En el inciso a) relacionado con el Art. 4 - 1a., con el tecnicismo “medidas de seguridad” de “internado” encontramos “la privación de la libertad corporal” que de hecho se identifica como pena de prisión, siendo en este ordenamiento preventivo mayor la reclusión que las previstas en los artículos citados del Código Represivo Italiano. Y también se menciona el tiempo que debe aplicarse el “internado”, cuando las medidas de seguridad por el fin que persiguen que es “la reforma del condenado, duran hasta que el fin es alcanzado” (17). Por lo que al fijar fecha para su cumplimiento se comete otro error: que sumado a los anteriores demuestran la ineficacia de esta parte del Ordenamiento que comentamos.

(17) Rafael de Pina. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, p. 53, 2a. ed. México, 1952.

En el inciso c) relacionado con el Art. 4 - 5a., por la libertad que deja a las autoridades judiciales, para determinar el tiempo de aplicación de este precepto se puede apreciar que se respeta el principio básico de "las medidas de seguridad" que debe durar "hasta que el fin es alcanzado", pero en esta disposición dicha medida carece de finalidad, cuando debe cumplirse después del "internado" (se interpreta del Art. 6 fracción 1o.) que por el término no mayor de tres años de duración, se supone suficiente para que en el delincuente haya desaparecido su "estado peligroso", porque algún oficio aprendió. Y por la libertad en que deja a las autoridades judiciales para determinar el tiempo que tiene el delincuente la "obligación de declarar su domicilio o residir en un lugar determinado" y que se puede fijar arbitrariamente en cincuenta años, se vuelve a comprobar que esta medida carece de fin.

Y el inciso d) relacionado con el Art. 4 - 7a., no podrá aplicarse al condenado, hasta que se concluya con la mencionada en la del párrafo inmediato superior, y atento a lo que hemos venido comentando, si con apoyo en el artículo 4 - 5a., se aplica como medida de seguridad la obligación al reo de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado cincuenta años, pues hay margen para dictar resoluciones en esa forma, cumplida dicha medida, para terminar con la correcta observancia de este Ordenamiento que prescribe que las "medidas de seguridad" se deben cumplir todas sucesivamente (Art. 6 - 1o.), debe aplicarse la medida de "sumisión a la vigilancia de la autoridad", lo que hace carecer también de fin a esta medida; además de que se puede ratificar la falta de fin, con las siguientes reflexiones: Primero.- Por el tiempo que se debe esperar para aplicarla; Segundo.- Que durante ese intervalo latente, el delincuente no solamente puede aprender un oficio sino hasta

una profesión; Tercero.- Que teniendo por objeto dicha medida, que "los delegado cuidarán de proporcionar trabajo; según su aptitud y conducta, a los sujetos a su custodia", como se prescribe en el párrafo tercero de la 7a., del Art. 4, tendría que esperar muchos años el indiciado para empezar a trabajar, porque dicha prescripción no puede ser aplicada simultáneamente.

C) OPINIONES DE EUGENIO CUELLO CALÓN Y LUIS JIMENEZ DE ASUA.- Eugenio Cuello Calón, al referirse a la Ley Relativa a Vagos y Maleantes, nos dice que esta Ley, "aprecia la peligrosidad como base para la aplicación de medidas de seguridad" (18). Posteriormente el autor citado distingue dos estados peligrosos previstos por este ordenamiento los "predelictuales" y los "postdelictuales"; entre los primeros coloca a vagos habituales, rufianes, mendigos profesionales, explotadores de juegos prohibidos, ebrios y toxicómanos habituales, etc., sujetos que son de una "peligrosidad social" anterior al delito. En los segundos menciona a los "reincidentes y reinterantes" en los que sea presumible la habitualidad, y sujetos criminalmente responsables de un delito cuando el tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del agente, a éstos tipos de sujetos los encuadra dentro de la "peligrosidad criminal", que es posterior al delito, y que consiste en haber cometido o intentado cometer éste.

En suma, Eugenio Cuello Calón distingue en la Ley preventiva Española, dos clases de peligrosidad, la "social" o estados predelictivos y la "criminal" o estados postdelictum, advirtiendo

(18) Derecho Penal, I, p. 367, 9a. ed. 1953.

que el segundo caso, es la parte que le implica al derecho penal, pero ambas clases de peligrosidad están involucradas en la Ley preventiva de referencia.

Y Luis Jiménez de Asúa, al comentar la Ley Española en estudio, dice: "la similitud -aparente- de esta disposición española con el texto italiano, cesa cuando se piensa que lo preceptuado en España se halla en una ley preventiva, pero no penal. Si hemos transcrito lo dicho en ella (se refiere al artículo 2 en su número 3o.) es porque, como después veremos, ahí reside el mejor alegato contra la teoría de Manzini sobre los pretendidos delitos de sospecha. No podemos juzgar acertadamente de esa infracción, a la que Manzini ha dado el nombre de delito de sospecha, sin recordar, como ha hecho con acierto Petrocelli, que ese precepto no es otra cosa que supervivencia de viejas leyes de policía (Principi, pág. 320). Mientras subsista en un Código, tiene razón Manzini de decir que se halla incriminado como conducta voluntaria; pero en verdad no podemos desvincularle el motivo, que no es otra que la peligrosidad del agente (en este punto Jiménez de Asúa, no distingue a qué peligrosidad se refiere; sin embargo se deduce que nos remite a la criminal). Por eso se hallaba en esas antiguas disposiciones policíacas que recuerda oportunamente Biagio Petrocelli (aquí el autor cuya opinión estamos exponiendo se refiere a la peligrosidad social). Por ello, en vez de figurar en los Códigos o leyes penales, debe ser trasladada esa conducta a las leyes preventivas puestas en manos de jueces, en vez de en las de polizontes, como hemos visto que hizo la ley española de 4 de agosto de 1933" (19).

(19) Tratado, III, p. 450 y sigs.

D) CRITICA A JIMENEZ DE ASUA.- Este autor no resuelve el problema planteado por Manzini y Bellavista, en el sentido de que no existe conducta en el ilícito en estudio; pues se limita a decir que ese tipo penal ha pasado en algunas legislaciones (la española) a ser ley preventiva, y toma también como argumento las ideas de Petrocelli, diciendo que se trata de "supervivencia de viejas leyes de policía". Alegató que según dicho autor es el mejor para combatir las doctrinas de Manzini y Bellavista, y para nosotros, una crítica sin interés, pues nada aporta para probar que existe acción u omisión en los delitos de "sospecha" o de "posición", como han hecho el intento Angioni y Pergola, Delitala, Florian, Petrocelli, Grispigni y Vannini.

También debemos criticar a Jiménez de Asúa, cuando dice que los delitos que nos ocupan, se encuentran en el código penal por "el motivo, que no es otro que la peligrosidad del agente"; con lo que no estamos de acuerdo, porque esta "peligrosidad" no es exclusiva de los delitos de "sospecha" o de "posición", sino que es general a todos los tipos penales, ya que se trata de una peligrosidad meramente criminal y que se encuentra dentro del marco del derecho penal en la forma que lo indica Eugenio Cuello Calón. Por otra parte, Jiménez de Asúa, busca igual que Petrocelli el origen del delito de sospecha o de posición en viejas leyes de policía, cuyo fin consistía en prevenir la peligrosidad social o predelictual de los individuos. Y en esta ocasión como en la anterior, nada hace el autor criticado por demostrar que existe conducta en dichos delitos, cuando aquí estaba obligado, por haber reconocido que esas "viejas leyes de policía" se encuentran recogidas en un código penal debido a la "peligrosidad del agente". Por lo que estas observaciones de Jiménez de Asúa, nada ayudan para resolver el problema planteado.

Pero la crítica a este autor, debe ser más severa en cuanto se contradice en sus reflexiones, pues habiendo dicho el motivo ("la peligrosidad del agente") por el que se encuentran en el código represivo los delitos de sospecha o de posición, imprudentemente recomienda líneas después que "debe ser trasladada esa conducta a leyes preventivas puestas en manos de jueces". Como si ese cambio hiciera desaparecer "la peligrosidad del agente", resolviendo de paso el problema básico que es el de demostrar porqué existe conducta en dichos delitos, ya que carecerían de interés los estudios de esos tipos al no encontrarse prescritas dichas conductas en un código penal, lo que es un sofisma, pues esas reflexiones se pueden aplicar a cualquiera de los tipos del código penal, y así mencionaremos como ejemplos, el adulterio y el homicidio; también en ellos existe la peligrosidad del agente y desde luego conducta como primer elemento para que existan, pero para evitarnos su estudio podemos pedir que se trasladen dichos tipos a una ley preventiva, lo que siguiendo como hemos dicho el razonamiento de Jiménez de Asúa, la peligrosidad del agente no tiene ya importancia y en igual situación el estudio de la acción u omisión por ya no estar prescritos dichos tipos en un código penal. Prestándose por estos motivos la ley preventiva española, como un buen argumento para las ideas del autor criticado.

V.- DIFERENCIAS ENTRE LA LEY PENAL Y LA PREVENTIVA Y SUS EFECTOS EN EL TIPO DE SOSPECHA O DE POSICION: El problema que apuntamos, surge a la vida jurídica cuando la humanidad, mediante las doctrinas del iluminismo piensa en que no es solamente necesario reprimir los delitos, sino también buscar formas idóneas de prevenirlos. Así fué como Beccaria nos legó el siguiente pensamiento: "ES MEJOR PREVENIR LOS DELITOS QUE REPRIMIRLOS".

En el devenir de la vida social, los códigos de la materia empezaron a incorporar disposiciones de tipo preventivo para algunos casos concretos; a este respecto Maggiore escribe lo siguiente; "Ya desde la primera mitad del siglo XIX, a pesar del ambiente liberal en que se vivía, las teorías de los hombres de estudio hallaron eco en las providencias de varios Estados, encaminadas a afrontar el — peligro social de la presencia de individuos no imputables (como los locos, los menores y los alcoholizados) o incorregibles (como los ociosos, los vagabundos, los mendigos, los habituales y otros semejantes" (20). En general, en nuestros días, encontramos en los códigos represivos unidas a las penas, las medidas de seguridad pero con funciones distintas, ya que la primera "castiga" y ésta última "previene y corrige", pero ambas persiguen un solo fin "la lucha contra el delito". Sin embargo, España crea el 4 de agosto de 1933 la "Ley Relativa a Vagos y Maleantes", que es un código de normas preventivas separadas del ordenamiento penal, la cual como ya vimos, en el número 3o. de su artículo 2, prescribe la sospecha o posición, obligándonos a determinar si en la situación de ley preventiva la "sospecha" o "posición" requiere una conducta. Opinión que asentaremos después de estudiar la diferenciación de ley penal y preventiva. La existencia de una distinción precisa entre ley penal y preventiva, no ha sido unánimemente aceptada, prestándose hasta nuestros días a muy debatidas discusiones doctrinarias. La naturaleza jurídica aún dudosa de las "medidas de seguridad", puede situarse en la siguiente forma; por un lado se encuentran limitadas con las penas, teniendo por el otro extremo como límite las medidas de policía. Aparentemente parecen bien limitadas pero el problema surge en la realidad, pues es necesario distinguir tales medidas de la pena por un lado y por el otro de las medidas de policía, con las que ambos casos suelen confundirse en virtud de su funcionamiento simultáneo o alterno.

(20) Derecho Penal. II, p. 396.

A) TEORIAS AL RESPECTO: Con relación a lo anterior, han surgido las opiniones de la escuela positivista; las doctrinas monistas de las que son representantes De Marsico, Antolisei y Carnevalle, y las dualistas formadas por la mayoría de los tratadistas del derecho penal y por lo tanto solamente mencionaremos a Maggiore y Alfredo Rocco.

1 TEORIA POSITIVISTA.- Los positivistas parten de la noción de pena como defensa, dividiéndola a su vez, en defensa indirecta y defensa directa y esta última toma dos formas: predictiva y postdelictual.

“La defensa indirecta tiende a remover o a atenuar las causas sociales del delito (alcoholismo, tuberculosis, sífilis, malaria, desocupación, etc.) con medidas de previsión y de asistencia sociales. La defensa directa tiende a hacer inofensivos a los individuos peligrosos o propensos a cometer delitos” (21).

La escuela positivista, que sólo admite para el derecho criminal la peligrosidad y la defensa como base para combatir el delito, concluye que las medidas de seguridad son las únicas que verdaderamente existen para luchar contra el delito, ya que la pena según esta corriente doctrinaria, pasa inadvertida para el derecho criminal.

2 TEORIA MONISTA.- La teoría monista, cuyos representantes anotamos en renglones anteriores, pretenden unificar las — penas con las medidas de seguridad para reprimir el delito, en virtud de las dificultades que implica el intentar distinguirlas.

(21) Maggiore, op. cit., II, p. 398.

De Marsico, como lo hace notar Maggiore "sostiene la imposibilidad de distinguir entre el sistema de las penas y el de las medidas de seguridad, por los nexos comunes que hay entre ambos grupos de providencias, como son el prevenir de un mismo fenómeno (el delito), y el tender hacia un mismo fin (la lucha contra el delito)" (22).

El mismo Maggiore, al exponer la tesis de Antolisei nos dice: "Partiendo del supuesto de que la pena sirve para readaptar a la vida social lo mismo que la medida de seguridad, y que ésta es tan aflictiva como la pena, propone que se remplacen esas dos sanciones por una sola, indeterminada en su máximo y determinada en su mínimo; la indeterminación del máximo haría que la sanción cesara al faltar la peligrosidad del reo; y la determinación del mínimo tendría como efecto el asegurar un sufrimiento proporcionado a la gravedad del delito" (23).

Y finalmente el citado autor, desprende del pensamiento de Carnevalle la siguiente exposición: "Accediendo a la solución monística de las relaciones entre pena y medida de seguridad, habla de atracción entre las dos providencias; pero no se ve claro a expensas de cuál de las dos se efectuaría esa atracción" (24).

3 TEORIA DUALISTA.- Para concluir esta distinción, nos referiremos por último a la teoría dualista, la cual como ya indicamos es la aceptada por la mayoría de los tratadistas, así como por el conjunto de legislaciones penales de los diversos países, con excepción de España que tiene un Código Penal y su Ley Relativa a Vagos y Maleantes (ley preventiva).

(22) Derecho Penal, II, p. 398.

(23) Derecho Penal, II, p. 399.

(24) Derecho Penal, II, p. 399.

En la teoría dualista, tanto la pena como las medidas de seguridad, integran dos esferas distintas y por ende, sus fines son diversos en lo que se refiere a la forma usada por cada una de ellas para combatir el delito, ya que si la pena sirve para la expiación de dicho delito, queda a las medidas su prevención.

Dentro de los tratadistas de corriente dualista, sólo mencionamos con antelación, a los que por sus argumentos esgrimidos nos parece, que resumen suscintamente esta corriente doctrinaria.

Así, Maggiore al referirse al problema que nos ocupa, opina que la pena y la medida de seguridad son distintas, porque la primera tiene como fin central la retribución, aunque como efectos eventuales y marginales produce entre otros la intimidación, la prevención y la corrección, la pena castiga, es sanción represiva, retribuye el mal del delito con otro mal y descansa sobre la culpa, presuponiendo hombres libres e imputables y tiene como característica intervenir después del delito y a causa del mismo (25).

La medida de seguridad continúa diciendo este autor, es providencia preventiva y correctiva, no hace sufrir sino pone a la persona peligrosa en la imposibilidad de hacer daño o de hacer más daño; interviene después del delito y no a causa de éste, no se dirige a retribuir una culpa sino a impedir un peligro, y presupone personas privadas de libertad y de imputabilidad, y concluye diciendo: "En definitiva, las penas y las medidas de seguridad forman dos grandes sectores, paralelos y yuxtapuestos, si no contrapuestos, del derecho penal en sentido amplio; el uno realiza el derecho represivo; el otro, el derecho preventivo (administrativo, no penal propiamente)" (26).

(25) Derecho Penal, II, p. 399 y sigs.

(26) Derecho Penal, II, p.

Alfredo Rocco, al comentar su proyecto del Código Penal Italiano distingue las penas y las medidas de seguridad, en la siguiente forma: "LAS DIFERENCIAS ENTRE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, SON FACILES DE DEMOSTRAR; las medidas de seguridad constituyen una defensa contra el peligro de nuevos delitos, sea de parte del delincuente, sea de parte de la víctima y sus parientes, sea, en fin, de parte de la colectividad".

"La pena, en efecto, no se dirige sólo al delincuente, ni a los que son culpables en general, sino que se refiere a todo el mundo. Cuando queramos juzgar del valor práctico y de la eficacia de la pena, no debemos ver únicamente los delitos que se cometen, sino también el número infinito de delitos que no se cometen" (27).

B) CRITICAS A ESTAS TEORIAS Y SU APLICACION AL DELITO DE SOSPECHA O DE POSICION.- Una vez expuestas someramente las teorías más importantes relativas a la distinción entre las penas y medidas de seguridad, ya podemos expresar nuestras consideraciones sobre cada una de ellas, así como sus efectos en el delito de sospecha o de posición.

En primer término, en la teoría positivista las medidas de seguridad absorben a la pena, por lo que de existir un ordenamiento jurídico basado en estas ideas, tendría que ser eminentemente preventivo, para reprimir el delito. Las cuales se harían tomando como patrón la defensa directa y la indirecta, ésta última con sus prevenciones predelictiva y postdelictual, como lo hemos mencionado en renglones anteriores.

(27) Citado por José Angel Ceniceros. El Código Penal de 1929 y Datos Preliminares del Nuevo Código Penal de 1931, pp. 10 - 11.

En suma, no estamos de acuerdo con esta teoría, en virtud de que no es posible que con las puras medidas de seguridad pueda llegar a combatirse el delito, ya que la pena se dirige a hombres libres e imputables que tienen plena conciencia del mundo moral que les rodea. Y suponiendo que con las ideas positivistas se trataran de reprimir los crímenes, entonces se promulgaría una ley preventiva en donde encontraríamos la prescripción de la "sospecha" o "posición", pero cuya reglamentación no estaría a salvo de tener que comprender un comportamiento externo para su existencia.

En segundo lugar, la teoría monista no nos parece convincente al intentar unir las penas con las medidas de seguridad, pues sería necesario crear un ordenamiento fundado en esta tesis que fuera penal-preventivo, y que a cada tipo se le acompañara, además de la pena, una medida de seguridad o viceversa, pues ambas disciplinas según sus exponentes tiene como único fin combatir el delito, estando su error en que no se distinguen los imputables e inimputables y en que ni los mismos tratadistas expresan con claridad cuándo se aplica la pena y cuándo las medidas por la unión íntima que existe entre ambas.

Si dentro de la teoría monista se creara el tipo del delito de sospecha o de posición, sancionándolo con pena y medida de seguridad, desde luego, también requerirá para su tipificación de la existencia de una conducta.

Para terminar, nos referiremos a la teoría dualista, la cual nos parece la más precisa, en virtud de que distingue tanto en la pena como en las medidas de seguridad esferas de acción diferentes pero que convergen en único fin: la lucha contra el delito, siendo la aceptada por la mayoría de los tratadistas de la materia; se en-

cuenta prescrita en los códigos penales vigentes, y es en España donde ha alcanzado su más clara concepción, al tener un código penal y la "Ley Relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933" (preventiva) de la cual se ha hecho mención.

CAPITULO II

SUMARIO: I.- LA LEGISLACION PENAL MEXICANA. II.- EL CODIGO PENAL DE 1835 DEL ESTADO DE VERA-CRUZ. III.- EL CODIGO PENAL DE 1871 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA. IV.- TRABAJOS DE REVISION AL CODIGO PENAL DE 1871. V.- EL CODIGO PENAL DE 1929 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. VI.- EL CODIGO PENAL DE 1931, VIGENTE, PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. VII.- EL PROYECTO DE REFORMAS DEL AÑO DE 1942, AL CODIGO PENAL VIGENTE. VIII.- EL PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1949. IX.- EL PROYECTO CHICO GOERNE DE CODIGO PENAL DEL AÑO DE 1958. X.- EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1958. XI.- EL PROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO DE 1963.

I.- LA LEGISLACION PENAL MEXICANA: El año de 1831, fecha en que se redactó el BOSQUEJO GENERAL DE CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO, con la intención de crear el primer ordenamiento penal mexicano, y el año de 1963, fecha en que se elaboró el proyecto del Código Penal Tipo, comprenden los extremos, es decir, desde donde se inicia hasta donde actualmente se encuentra resumida la trayectoria doctrinal de nuestro derecho penal.

A decir verdad, en 1831 la Comisión Redactora formada por los señores Mariano Esteva, Agustín Gómez Uguiarte, José María Heredia y Francisco Ruano, sólo hizo un bosquejo que el último miembro de la Comisión mencionada intituló Código Penal, formado por un Título Preliminar, de una Parte Primera y Parte Segunda, y donde no encontramos capítulo que haga referencia al delito de sospecha o de posición.

El estudio de los ordenamientos que a continuación hacemos, sólo se ceñirá al tipo del delito de sospecha o de posición, esto es, su trato a través de nuestro derecho penal; delito que en el Código Represivo de 1931 (vigente), encontramos prescrito en el artículo 256, siendo lamentable que algunos tratadistas de la materia, cuando estudian dicho delito (sin conducta) mencionan equivocadamente como su tipo también al artículo 255, que se refiere a la vagancia y malvivencia.

II.- EL CODIGO PENAL DE 1835 DEL ESTADO DE VERACRUZ: Este ordenamiento represivo, en su Segunda Parte intitulada DE LOS DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD en su TITULO VIII "De los vagos, ociosos y mal entretenidos; y de los que descuiden la instrucción de la juventud", en la SECCION I "DE

LOS VAGOS, OCIOSOS Y MAL ENTRETENIDOS". no consigna tipo fundamental o básico sobre el delito de sospecha o de posición, como lo hacen en este título los códigos y anteproyectos penales que posteriormente se elaboran, donde se pena a los mendigos que dan motivo por los objetos o instrumentos que portan para sospechar que tratan de cometer un delito; en cambio, este primer Código Represivo del México independiente, hace referencias en otro de sus títulos a circunstancias que pueden llegar a ser los hechos que tipifica el delito objeto de la presente tesis; a este respecto prevee en el artículo 225, la detención por los ministros de justicia, por las partidas encargadas de perseguir a los malhechores y funcionarios públicos, de personas que consideren sospechosas, para presentarlas a los jueces. En este artículo quedaban comprendidos los casos de mendigos que eran aprehendidos con disfraz, armas, ganzúas, o cualquier otro instrumento y cuya situación hacía presumir que intentaban cometer un delito; en consecuencia, eran detenidos por sospechosos y presentados a los jueces; siendo probablemente considerado el comportamiento de traer los referidos objetos como faltas que castigaban las autoridades gubernativas.

A continuación, transcribimos la parte del artículo 255, donde hemos advertido el indicio del que actualmente denominamos doctrinariamente delito de sospecha o de posición: "Este artículo no comprende á los ministros de justicia, ni á las partidas que persigan á los malhechores, cuando detengan á alguna persona sospechosa para el solo efecto de presentarla á los jueces. Tampoco comprende á los funcionarios públicos que no siendo jueces se hallen autorizados por la ley para arrestar á cualquiera persona, siempre que el tiempo del arresto no esceda del señalado por la misma ley".

Otro tipo del Código Represivo del 1835, que podemos relacionar con el delito de sospecha o de posición, lo encontramos en su Tercera Parte intitulada DE LOS DELITOS CONTRA LOS PARTICULARES en su Título III "DE LOS DELITOS CONTRA LAS PROPIEDADES". Sección I "DE LOS HURTOS Y ROBOS", en el artículo 703 que prescribe: "El que se disfrace, enmascáre ó de cualquier otro modo desfigure su persona para robar sin ser conocido, sufrirá por sola esta circunstancia el aumento de tres meses á dos años en la pena que por el robo se le imponga". En esta disposición encontramos un tipo complementado cualificado del tipo fundamental del delito de robo, en que ya se prevee una peligrosidad criminal (haber cometido o intentado cometer un delito), fincada en la metamorfosis usada por el imputado que delinque para no ser conocido, y los elementos que integran esta figura jurídica son: a) Que el sujeto activo haya cometido el delito de robo, en los términos en que lo tipifica el artículo 687 del código en estudio; b) Que para cometer dicho delito, haya usado de disfraz, máscara, o transforme su persona usando otros medios con el objeto de no ser conocido; c) Una pena accesoria cuyo mínimo es de tres meses y el máximo de dos años que relacionada con la pena del tipo básico puede ser de trabajos de policía o de trabajos forzados. Como se ve, también en este precepto se encuentra un antecedente del delito materia de esta tesis, ya que el disfrazarse, enmascararse, o transformarse para no ser reconocido al ejecutar el delito, siempre ha implicado una peligrosidad criminal, y más aun, como veremos en su oportunidad dió motivo a la prescripción del tipo que conocemos como de sospecha o de posición en nuestra legislación penal mexicana, por los objetos que la ley represiva determina y que se encuentre en poder de mendigos.

De todo lo expuesto, podemos colegir que el llamado delito de sospecha o de posición, tiene en nuestro Derecho Penal, co-

mo primer antecedente las disposiciones sui generis copiadas del Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz. Es de lamentarse, no tener a nuestro alcance el Código Español de 1822, pues es posible que este ordenamiento tenga alguna influencia determinante sobre los tipos analizados, ya que algunos tratadistas han hecho notar que el Código de 1835 acusa indudables influencias del español de 1822.

III.- EL CODIGO PENAL DE 1871 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA: Este ordenamiento represivo que también se conoce con el nombre de Código de Martínez de Castro, entró en vigor el día 7 del mes de diciembre del año de 1871; en la parte que nos ocupa, que es la referente al delito de "sospecha" o de "posición", ya encontramos en el TITULO OCTAVO "DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO", en su CAPITULO I "Vagancia-Mendicidad"; se consigna en el artículo 862 un tipo fundamental o básico sobre dicho delito, siendo los sujetos activos los vagos y los mendigos a quienes se aprehenda con objetos o instrumentos que den motivo fundado para sospechar que tratan de cometer un delito. Y con esta reglamentación Penal de 1871 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, se inicia en nuestra legislación la prescripción de los llamados por la doctrina delitos de "sospecha" o de "posición".

A continuación, la transcripción literal del artículo 862, al que nos hemos venido refiriendo: "Los vagos ó mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, ó con armas, ganzúas ú otros instrumentos que den motivo fundado para sospechar que tratan de cometer un delito; serán condenados á la pena de arresto mayor, y quedarán sujetos por tres años á la vigilancia de primera clase".

En esta disposición, se tutela el bien jurídico orden público, acorde con el ya citado Título Octavo que es donde vemos que se encuentra comprendido el mencionado delito de "sospecha" o de "posición", y se exige para que se configure este delito, la concurrencia de los siguientes elementos:

I.- Que se dé en el sujeto activo la calidad que exige el presupuesto especial del tipo, que consiste en que el delincuente sea vago o mendigo, aclarando dicho ordenamiento en su artículo 854 que: "Es vago: el que careciendo de bienes y rentas, no ejerce alguna industria, arte ú oficio honesto para subsistir, sin tener para ello impedimento legítimo", y el artículo 858 aclara quienes son mendigos: "Mientras no se establezcan hospicios y talleres especiales para mendigos, la autoridad política podrá conceder licencia para pedir limosna á aquéllos que le acrediten hallarse impedidos para trabajar y carecer de recursos para subsistir, por solo el tiempo que duren esas causas". Por tanto, si no existe en el sujeto activo el carácter de vago o mendigo, no habrá delito de "sospecha" o de "posición", pero como la ausencia de esos presupuestos sólo varían el título del delito, nos encontramos que aquellas personas que sean aprehendidas con los objetos o instrumentos que especifica el artículo 862, pueden estar cometiendo otro delito diferente, en donde la calidad del sujeto activo es irrelevante y se atiende exclusivamente a la manifestación de delinquir, como sería por ejemplo el delito de portación de armas prohibidas.

II.- Que sean aprehendidos los vagos o mendigos en posesión de disfraz, armas, ganzúas u otros instrumentos que den motivo fundado para sospechar que tratan de cometer un delito. Como esta segunda parte es en su redacción gramatical y alcance jurídico equiparable al artículo 786 del Código Penal de Almaraz, lo que

se diga al analizar en ésta parte del Código Penal de 1929, es aplicable al artículo 862 del ordenamiento penal de 1871.

III.- Como consecuencia de la existencia de este delito, la sanción que se aplica a sus autores, es la pena de arresto mayor, a la cual se une la medida de seguridad consistente en que el delincuente quede sujeto por tres años a la vigilancia de primera clase.

Es de advertirse que este ordenamiento fué influenciado en lo concerniente al delito de sospecha o de posición, por el Código Penal Español de 1848, el cual establece el tipo del delito que estamos estudiando, y cuyos artículos reproducimos:

Artículo 254.- "El vago á quien se aprehendiere disfrazado ó en traje que no le fuere habitual, o pertrechado de ganzúas ú otros instrumentos ó armas que infundan conocida sospecha, será condenado á las penas de prisión correccional en su grado máximo y tres años de sujeción á la vigilancia de la autoridad".

Artículo 258.- "El mendigo en quien concurra cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 254, será castigado con las penas señaladas en él".

IV.- TRABAJOS DE REVISION AL CODIGO PENAL DE 1871.- Como complemento del estudio que venimos realizando, aludiremos a los trabajos de Revisión mencionados, en razón de que en ellos se tipifica el delito de sospecha o de posición.

En el TITULO VIII, "DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO", CAPITULO I "Vagancia-Mendicidad", artículo 862 de los Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871, se plasma el

tipo del delito de sospecha o de posición, el cual es idéntico al prescrito por el ordenamiento revisado, pues mantiene como sujeto activo al vago y al mendigo, como sujeto pasivo al Estado identificado como la SOCIEDAD, y emplea los mismos elementos para determinar cuales son los instrumentos que dan motivo para presumir que se trata de cometer un delito; siendo el bien tutelado el ORDEN PUBLICO. La única modificación que se hace es en la medida de seguridad.

Los preceptos relativos al tipo y al de la medida de seguridad, consagrados en los Trabajos de Revisión que nos ocupa, dicen:

Artículo 862.- "Los vagos o mendigos a quienes se aprehendan con un disfraz o con armas, ganzúas u otros instrumentos que den motivo fundado para sospechar que tratan de cometer un delito; serán condenados a la pena de arresto mayor".

Artículo 862 bis. "Los vagos o mendigos que fueren condenados en virtud de los artículos anteriores, quedarán sujetos durante cinco años a la prohibición de ir al Distrito o Territorio Federal en que hubieren cometido el delito por el que se les condenó, y a la de residir en el mismo Distrito o Territorio".

Es importante anotar con relación a los Trabajos de Revisión y concretamente en lo que respecta al delito que nos ocupa, que hubo opiniones en el sentido de que el delito de sospecha o de posición fuera suprimido del Código, para considerarlo como falta. Entre estas opiniones citamos la de los señores Lic. E. Manuel Roa Agente del Ministerio Público y la del Lic. D. Adalberto G. Andrade Juez de Distrito del Estado de México.

El primero de ellos, textualmente expuso: "Título VIII. Capítulo I y II. Los delitos de vagancia, mendicidad, loterías y rifas, debieran ser considerados como faltas y castigados por la autoridad gubernativa" (1).

El C. Juez de Distrito sostuvo:

"LIBRO III. Título VIII, Capítulo I, II y III. Suprimir el Capítulo I que trata de los delitos de vagancia y mendicidad, dejando esa parte para los reglamentos administrativos; lo mismo que los dos capítulos siguientes que se refieren a loterías, rifas y juegos prohibidos, materias que más bien reclaman su reglamentación" (2).

En conclusión, nada aportaron al tipo del delito de "sospecha" o de "posición" los Trabajos de Revisión apuntados, pues como se ve, respetaron el contenido espiritual del mismo delito.

V.- EL CODIGO PENAL DE 1929 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES: En el Código Penal de 1929, el delito de "sospecha" o de "posición" se encuentra comprendido en el TITULO DECIMOSEGUNDO "De los delitos económicos-sociales", en su CAPITULO III "De la vagancia y de la mendicidad", artículo 786 que prevee: "A los vagos o mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, o con armas, ganzúas u otro instrumento que de motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará como sanción arresto de seis meses en adelante".

(1) Trabajos de Revisión, I, p. 215.

(2) Trabajos de Revisión, I, p. 34.

El artículo citado, es un tipo fundamental o básico y si bien en su capítulo respectivo este código lo reglamenta con el nombre de VAGANCIA Y MENDICIDAD, requiriendo como sujetos activos al vago y al mendigo al igual que en el Código Penal de Martínez de Castro, en cuanto al bien jurídico tutelado, cambia en ambas legislaciones pues mientras en el Código Penal de 1871 es el ORDEN PUBLICO, en el Ordenamiento Represivo de 1929 es la ECONOMIA SOCIAL, y respecto al problema que se presenta por esta diversidad de bienes jurídicos protegidos, intentaremos precisar en el capítulo siguiente cual es a juicio nuestro, el bien tutelado.

Para que exista el delito de sospecha o de posición en el Código Penal de Almaraz, según se desprende del artículo 786, se requiere:

Que en los sujetos activos, igual que en el Código de Martínez de Castro, concorra la calidad que exige el presupuesto especial del delito, o sea, que reúnan las características de ser vago o mendigo las cuales el mismo ordenamiento represivo en sus artículos 778 y 781 se encarga de determinar y cuyos preceptos plasmos, en virtud de variar el concepto de los sujetos activos con relación al Código de 1871:

Artículo 778.- "Es vago: el que careciendo de elementos lícitos y conocidos de subsistencias, no se dedica a ningún trabajo honesto para subsistir, sin estar incapacitado para ello".

Artículo 781.- "Mientras no se establezcan asilos o talleres especiales para mendigos, o cuando no haya plazas vacantes en ellos, el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social podrá conceder licencia para pedir limosna:"

"I.- A aquellos que comprueben estar permanentemente incapacitados para trabajar y carezcan de recursos para subsistir".

"II.- A aquellos que acrediten encontrarse impedidos para trabajar temporalmente y carezcan de recursos para subsistir".

"Las licencias sólo durarán el tiempo que duren las causas que las motivaren".

Por ende, si el autor del delito, no reúne la calidad de vago o mendigo, prescrita en los artículos citados con antelación, y se le encuentre en posesión de disfraz, armas, ganzúas u otro instrumento que de motivo para sospechar que trata de cometer un delito, no se le podrá consignar por el delito que hemos denominado de sospecha o de posición, sino que en virtud de que varía el título del delito por la falta de calidad en el sujeto activo, se le puede imputar un delito diferente como el de portación de armas prohibidas, como lo comentamos al tratar esta parte en el Código Penal de 1871.

II.- Que además de ser vago o mendigo, sea encontrado en posesión de los objetos o instrumentos que determina el artículo que estamos analizando, tales como ganzúas, disfraz, etc.

III.- Que con la posesión de dichos objetos, de motivo para sospechar que trata de cometer un delito, desprendiéndose de este aserto, que puede darse el caso de mendigos o vagos que estando en posesión de los objetos señalados en el precepto mencionado, no den motivo para sospechar de que tratan de cometer un delito por estar su conducta justificada en la Ley.

IV.- La sanción prevista para este delito, es:

Primero.- La pena de prisión que consiste en privar de la libertad al delincuente de seis meses en adelante, como puede leerse en la última parte del artículo 786;

Segundo.- Se aplicará, después de cumplida la pena de prisión, la medida de seguridad prevista en el artículo 787, que consigna:

“Los vagos o mendigos que fueren condenados en virtud de los artículos anteriores, quedarán sujetos durante cinco años a la prohibición de ir al Distrito y Territorios Federales en que hubieren cometido el delito por el que se les condenó, y a la de residir en el mismo Distrito o Territorio”.

La pena de prisión mencionada, se desnaturaliza en este ordenamiento represivo, en cuanto no se señala el término máximo de su duración, pues esta clase de sanción y base de los códigos penales, es siempre proporcionada teniendo en cuenta la gravedad del delito. También la medida de seguridad queda desnaturalizada, pues como medio que es de prevención de los delitos, no se le debe fijar tiempo de duración sino dicha medida durará hasta que el fin consistente en reformar al condenado sea alcanzado.

Para terminar, indicaremos las diferencias que existen entre el ordenamiento de 1871 y el código que nos ocupa, que son:

1o.- El concepto de vago que se expone en el artículo 778 del Código Penal de 1929, es más técnico en su concepción de esta clase de sujetos, que la adoptada por el artículo 854 del Código Penal de 1871.

2o.- También el concepto de mendigo previsto en el artículo 781 del Ordenamiento Represivo de 1929, está mejor concebido

en cuanto a su técnica jurídica, que el concepto de mendigo previsto en el artículo 858 del Código de Martínez de Castro.

3o.- En el Código de Almaraz, se suprime en el tipo del delito de sospecha o de posición (artículo 786), la palabra "fundado" por ser superfluo pues basta el término "motivo" para poder tipificar correctamente la conducta del vago o mendigo; en cambio en el Código Penal de 1871, se recalca en el término "fundado", pres-tándose a mayor confusión al interpretar conjuntamente ambos términos.

4o. En cuanto a las sanciones, tanto en el Código Penal de Martínez de Castro como en el de Almaraz, se aplica la pena de prisión, y existe diferencia en cuanto a las medidas de seguridad adoptadas que se acompaña a dicha pena, pues mientras en el Código de 1871 el sujeto activo es sometido a la vigilancia de la policía, en el Código de 1929 se les prohíbe ir por cinco años al Distrito o Territorios Federales en que hubieren cometido el delito por el que se les condenó.

VI.- EL CODIGO PENAL DE 1931, VIGENTE, PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES: En este ordenamiento represivo encontramos tipificado en su artículo 256 el delito de "sospecha" o de "posición" en los siguientes términos: "A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, gan-zúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión, y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de los policías". Sólo enunciaremos brevemente en el presente inciso los conceptos y elementos de dicho delito, con el objeto de hacerles algunas obser-vaciones preliminares pues en forma amplia serán analizados en los capítulos subsiguientes.

El tipo del delito de "sospecha" o de "posición" precitado, se distingue de los ordenamientos represivos de 1871 y 1929, por lo siguiente:

1o. Que este delito tipificado en el artículo 256 del código vigente, sólo tiene como sujeto activo a los mendigos, diferenciándose de los artículos 862 y 786 de los Códigos Penales de 1871 y 1929 respectivamente, por tener estos ordenamientos como sujetos activos además de los mendigos a los vagos, como lo hemos visto al comentar esas disposiciones. Creemos que el suprimir en el código vigente, como sujeto activo al vago, es un retroceso y debe partirse de la reflexión de que tan peligroso es el mendigo como el vago o cualquier sujeto que sea aprehendido en posesión de armas, ganzúas, etc.

2o.- Se siguió en parte, en el tipo que estamos analizando sómeramente, las trayectorías de los artículos 862 y 786 de los Códigos de Martínez de Castro y Almaraz respectivamente, en lo relativo a los instrumentos determinados en estos últimos ordenamientos como disfraz, armas y ganzúas, como en los indeterminados que requieren de una valoración.

A nuestro parecer, los artículos de los ordenamientos a que se está haciendo referencia, que contienen el tipo del delito de sospecha o de posición, son defectuosos en su contenido de fondo y redacción gramatical, pues basta decir que el mendigo (en la legislación vigente) y el vago o mendigo (en los Códigos de Martínez de Castro y Almaraz), a quienes se aprehenda con instrumento, etc., y no en la forma como redactaron dichas legislaciones el ilícito que estamos tratando, donde primero mencionan ciertos instrumentos para despues dar margen para que sea el juez quien los determine, por lo que este error tautológico pudo corregirse suprimiendo las palabras disfraz, armas y ganzúas.

3o.- En cambio, se siguió la trayectoria del artículo 862 del Código Penal de Almaraz, en lo relativo a que suprimió el término "fundado", que usó en su redacción del delito de sospecha o de posición la Legislación de 1871, con lo que estamos de acuerdo por ser innecesaria esa palabra.

4o.- El artículo 256 del Código Penal vigente, prescribe como sanción:

I.- La pena de prisión de tres días a seis meses; y

II.- La aplicación de la medida de seguridad, consistente en que el condenado, quedará sujeto durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía.

Al no mencionarse en el Código de 1931, el tiempo de duración de la medida de seguridad, se rectificó el error que cometieron los elaboradores de los códigos represivos de 1871 y 1929, al mencionar en el delito de sospecha o de posición el tiempo que debería de durar la aplicación de sus medidas con lo que las desnaturalizaban; pues como lo hemos expuesto con antelación, el tiempo de aplicación de las medidas debe ser hasta que logran su fin, la reforma del condenado.

Para concluir las observaciones que hemos calificado de preliminares al delito de sospecha o de posición prescrito en el artículo 256 del Código Penal de 1931, vigente, hemos de advertir que el espíritu de esta ley, en lugar de proteger a la sociedad contra las personas que la doctrina jurídica ha determinado como peligrosas, cuando menos conservando a los sujetos (vagos y mendigos), que los anteriores códigos represivos mencionaron como activos (1871 y 1929), excluyó sin ninguna justificación como autor de dicho delito a los vagos.

VII.- EL PROYECTO DE REFORMAS DEL AÑO DE 1942, AL CODIGO PENAL VIGENTE: Este proyecto, es el primer intento que se hace por reformar íntegramente en lo que fuere conducente los 400 artículos (incluyendo los bis) del Código Penal vigente, sin contar los transitorios, ya que en el Anteproyecto de 1934, solo se pugnó por reformas el Libro Primero del ordenamiento citado.

Es de observarse, que pese a que se pretendió corregir los errores del Código de 1931, en sus 400 artículos, estas reformas no modificaron en nada el delito de sospecha o de posición y por ende resulta innecesario entrar a su estudio.

VIII.- EL PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1949: El proyecto de 1949, situó el delito de sospecha o de posición, en el mismo lugar que el Código vigente, es decir, en el Título Decimocuarto "DELITOS CONTRA LA ECONOMIA PUBLICA", Capítulo II "VAGOS Y MALVIVIENTES", variando únicamente, en el número del artículo (246); ya que hasta en la redacción gramatical es igual. Por tanto son aplicables las observaciones que hemos hecho al respecto.

IX.- EL PROYECTO CHICO GOERNE DE CODIGO PENAL DEL AÑO DE 1958: Uno de los dos proyectos de código penal que se elaboraron en el año de 1958, es el que se conoce como "Proyecto Chico Goerne", del cual solo se redactó el Libro Segundo, que reviste interés para esta monografía, toda vez que en su artículo 261, tipifica el delito en estudio.

En este proyecto, el delito de sospecha o de posición, es semejante al prescrito por el Anteproyecto de Código Penal de

1958; por ello, el estudio específico que se hace en el inciso siguiente, es aplicable al mismo.

Sin embargo, al remitirnos al estudio concreto del bien jurídico tutelado en nuestro delito, en este Proyecto Chico Goerne, nos encontramos que aparentemente varía, pues está colocado entre los "DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DE LA NACION".

Los autores del proyecto que comentamos, en su exposición de motivos al respecto nos dicen:

"Se tratan en este Título los delitos que la ley punitiva vigente denomina "Delitos contra el comercio y la industria", pero se les presenta bajo la denominación "Delitos contra la economía pública", dedicándose Capítulo aparte a "Vagos y malvivientes" (en esta parte, se incluyó el delito comentado).

Para finalizar, transcribimos el artículo 261, donde se tipifica el delito en estudio: "Al que teniendo malos antecedentes se le sorprenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que trata de cometer un delito, se le aplicará hasta seis meses de prisión y se le sujetará durante el tiempo que el juez estime pertinente, sin exceder de tres años, a la vigilancia de la policía".

X.- EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1958: El Anteproyecto que nos ocupa, en su TITULO CUARTO "DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y SALUD PUBLICA", CAPITULO III "Vagancia y Malvivencia", artículo 131, prescribe el delito de sospecha o de posición en los siguientes términos: "Al que teniendo malos antecedentes se le sorprenda con un disfraz, con armas,

ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que trata de cometer un delito, se le aplicarán hasta seis meses de prisión y se le sujetará durante el tiempo que el juez estime pertinente, sin exceder de tres años, a la vigilancia de la policía ”.

El bien jurídico tutelado, según este proyecto es la seguridad social, según puede interpretarse de las declaraciones que la Comisión Redactora hace en su exposición de motivos cuando se refiere al TITULO CUARTO, en los siguientes términos: “Se agrupan en este Título los delitos de asociación delictuosa, armas prohibidas, vagancia y malvivencia, responsabilidad profesional y técnica y delitos contra la salud, estando acorde dicha clasificación con la denominación que se ha dado al Título de “Delitos contra la seguridad y salud pública”, pues resulta evidente que las cuatro primeras figuras atentan contra el bien jurídico seguridad, y la última contra la salud pública”.

En el artículo 131 del Anteproyecto citado, encontramos las siguientes innovaciones:

1.- Se cambia la palabra APREHENDA, puesta por primera vez en nuestra legislación penal en el artículo 862 del Código de Martínez de Castro y que ratificó el artículo 786 del Código de Almaraz y que conserva el artículo 256 del Código Penal de 1931, vigente, por el término SORPRENDA.

2.- Por mejorar técnicamente el tipo del artículo 131, la Comisión Redactora al considerar como sujeto activo solo a las personas que tengan malos antecedentes, se aparta de la corriente seguida por el derecho represivo mexicano, establecida por los artículos 862 y 786 de los Códigos Penales de 1871 y 1929 respectivamente.

El artículo 131 del Anteproyecto en estudio, en opinión personal, comete el error de dejar escapar como sujetos activos a los vagos y a los mendigos, ya que puede suceder que estos sujetos aunque se les sorprenda en posesión de disfraz, armas, ganzúas, o cualquier otro instrumento que de motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, no puede adecuarse su conducta a lo expresado en el artículo 131, en virtud de que no tienen malos antecedentes.

3.- Como consecuencia del uso de las palabras malos antecedentes, en el artículo 131 del Anteproyecto de 1958 y teniendo presente que el artículo 130 de este anteproyecto establece que debe entenderse por malos antecedentes, "ser identificado como sujeto peligroso contra la propiedad, explotador de prostitutas, traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, taur o mendigo simulador". Nos encontramos con la innovación por primera vez para un código penal mexicano, de que para el CAPITULO III "Vagancia y malvivencia" del TITULO CUARTO "DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y SALUD PUBLICAS" del Anteproyecto de 1958, existen dos conceptos diferentes de malos antecedentes.

En rigor, para nosotros, la clase de malos antecedentes mencionados en el artículo 130 precitado, y que son exclusivos de dicho precepto, también llenan las exigencias para configurar la existencia del delito de sospecha o de posición prescrito en el artículo 131, en el cual además se puede aumentar la clasificación de malos antecedentes mencionados en la disposición que le precede por interpretación en la jurisprudencia y la doctrina.

El resto del artículo 131 del Anteproyecto, en lo relativo a la mención de disfraz, armas, ganzúas o cualquier otro instrumento

que dé motivo para sospechar que trata de cometer un delito, es idéntico en su contenido gramatical a los artículos que prescriben el delito de sospecha o de posición en los Códigos de Martínez de Castro, Almaraz y el de 1931.

En el tipo plasmado en el artículo 131 del Anteproyecto de 1958, encontramos los siguientes elementos:

1.- La calidad del sujeto activo del delito, o sea que tenga malos antecedentes, lo cual puede consistir, como lo indicamos, en lo previsto por el artículo 130, o a lo determinado por la jurisprudencia y la doctrina;

2.- Que dicho sujeto, sea sorprendido en posesión de armas, ganzúas, disfraz, o cualquier otro instrumento;

4.- La sanción consistente en:

I.- Hasta seis meses de prisión, y

II.- La medida de seguridad, de vigilancia de la policía, durante el tiempo que el juez estime pertinente, sin exceder de tres años.

XI.- EL PROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO DE 1963: Este proyecto como lo hicimos notar con antelación, es en la actualidad la máxima expresión de nuestro derecho penal mexicano. En él se conjugan las experiencias teóricas y prácticas resultantes de las legislaciones represivas anteriores y vigente; así como de anteproyectos y proyectos de la disciplina, y que culminó — con el primer intento por unificar nuestro derecho penal represivo.

En el Código Penal tipo, el delito de sospecha o de posición se encuentra situado en la Sección Tercera "DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD", TITULO PRIMERO "DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA", Capítulo V "VAGANCIA Y MALVICIA", artículo 182, el cual dispone:

"Al mendigo o al que teniendo malos antecedentes, se le sorprenda con un instrumento que dé motivo para presumir que trata de cometer un delito, se le impondrán de tres días a seis meses de prisión, multa de cien a trescientos pesos y se le sujetará durante el tiempo que el juez estime pertinente a la vigilancia de la autoridad".

Como se ve, el bien jurídico tutelado en esta disposición, es la seguridad pública, y en consecuencia, sigue la corriente del Proyecto de 1958.

Del artículo arriba anotado, podemos desprender los elementos siguientes:

1.- Señala como sujetos activos del delito de sospecha o de posición, a los mendigos y a los que tengan malos antecedentes. Con relación al primer sujeto, es decir, al mendigo la Comisión Redactora corrige el error cometido por el Proyecto de 1958, el cual como vimos, excluye tanto al mendigo como al vago, en tanto no tengan antecedentes penales.

Con respecto al otro sujeto activo, el código de referencia establece con precisión lo que deberá entenderse por malos antecedentes, en el artículo 181, en los siguientes términos: "Se estimarán malos antecedentes para los efectos de este capítulo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicóma-

no o ebrio habitual, taur o mendigo simulador o sin licencia". Aquí anotaremos, que este proyecto, aventaja técnicamente en la parte relativa al Anteproyecto de 1958, según lo que dejamos anotado con anterioridad, en el sentido de que establece dos conceptos de malos antecedentes, uno formal, contenido en el artículo 130 y el que deja a la interpretación de la jurisprudencia y a la doctrina su determinación.

2.- Que a los sujetos antes aludidos, se les sorprenda con un instrumento. De este elemento se infiere que el instrumento sea idóneo para que el mendigo o el que tenga malos antecedentes pueda cometer un delito, En este elemento, se corrige el sistema de enumerar algunos instrumentos tal y como lo hicieron los códigos, anteproyectos y proyectos estudiados con anterioridad.

3.- Que dé motivo (el mendigo o el que tenga malos antecedentes), para presumir que trata de cometer un delito, es decir, que siendo señalados estos sujetos como peligrosos, no puedan justificar la posesión de dichos instrumentos. En esta parte, la Comisión Redactora, con acierto eliminó la palabra sospecha, colocando en su lugar el vocablo presumir, el cual a nuestro modo de pensar, es más adecuado.

4.- En cuanto a la sanción, este código establece dos clases de penas y una medida de seguridad:

Las penas consisten, la primera en aplicar al delincuente prisión de tres días a seis meses, y la segunda en multa de cien a trescientos pesos; en cuanto a la medida de seguridad, estará sujeto el condenado a la vigilancia de la autoridad durante el tiempo que el juez lo estime pertinente. En esta prevención, se observan los lineamientos técnicos de la medida de seguridad, en cuanto no se menciona el tiempo que debe durar su aplicación.

C A P I T U L O I I I

SUMARIO: I.- CONDUCTA Y SU AUSENCIA. II.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA. III.- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO. IV.- TIPICIDAD. ELEMENTOS DEL TIPO: a) SUJETO ACTIVO; b) SUJETO PASIVO; c) BIEN JURIDICO TUTELADO. ATIPICIDAD. V.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO. VI.- ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION. VII.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. VIII.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. IX.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CULPABILIDAD. X.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. XI.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS. XII.- FORMA DE APARICION DEL DELITO DE SOSPECHA O DE POSICION: 1.- FASE INTERNA. 2.- FASE EXTERNA.

I.- CONDUCTA: La conducta en el delito de sospecha o de posición, es bastante discutida; pues mientras para algunos autores como Vincenzo Manzini y Girolamo Bellavista, este delito es considerado SIN CONDUCTA; para otros, entre los que figuran Bettiol, Antolisei y Maggiore, el denominado delito de sospecha o de posición requiere para su existencia de una acción voluntaria.

Manzini, descubridor del delito de "sospecha" en los tipos descritos por los artículos 707 y 708 del Código Penal Italiano, y que es el mismo delito que en esencia consagra nuestro Ordenamiento Represivo en vigor en su artículo 256, explica que éste no implica para su existencia de un hecho positivo ni negativo, sino que es un estado individual que se pena por la sospecha que despierta. Este delito se concreta en un evento, que no está determinado por una acción o por una omisión individual, sino depende de una apreciación hecha por la autoridad en base a determinados elementos establecidos por la Ley.

Para el autor comentado, la posesión no es ni una acción ni una omisión, sino un evento, un estado, porque la acción es de quien descubre aquella posesión, y no del poseedor y la causa que ha producido tal evento no tiene importancia constitutiva.

Bellavista, al referirse al delito comentado que él denomina de "posición", sostiene que al lado de la acción y de la omisión existe un "tertium quid" que es la posición, que completa el genus del comportamiento, situando el delito que Manzini llama de sospecha, en la tercera categoría del comportamiento, llamándole por ello delito de posición.

Los autores que sostienen la existencia de la conducta en el denominado delito de sospecha o de posición, esgrimen lo siguiente:

Bettioli, niega que el delito en estudio carezca de conducta cuando dice que "hablar de posibilidad de delitos sin comportamiento, es un contrasentido. Si el delito es por su naturaleza un ilícito, éste supone la violación de una obligación, y tal violación sólo es posible en la medida en que el sujeto esté en pugna con las exigencias del orden jurídico. Esta pugna sólo es factible en cuanto el sujeto ejecute un comportamiento activo o negativo, pero no porque se presente de un modo determinado".

"Así como el juicio moral supone la presencia de un comportamiento calificable como bueno o malo, por cuanto fuera de la acción el hombre como tal no puede ser objeto de calificación ética, así también el juicio jurídico, que en sustancia es juicio ético, no puede prescindir de un comportamiento del sujeto, aunque éste a veces resulte meramente presuntivo" (1).

Antolisei, piensa que no es difícil encontrar la conducta en los delitos de sospecha o de posición y que la misma consistiría "en el hecho de que alguien, encontrándose en las condiciones allí indicadas, esté en posesión de objetos de valor y en situación de no poder justificar su proveniencia. El poseer es, sin duda, una acción o por lo menos la presupone necesariamente, y hasta tal punto esto es verdad, que si la posesión no es voluntaria, como en el caso de que los objetos de valor se coloquen por otro, junto al sujeto sin que éste lo sepa, el delito no existe" (2).

Maggiore, también opina que en los llamados delitos de sospecha o de posición la conducta no falta, circunstancia que explica con las siguientes palabras:

(1) Derecho Penal, p. 209. Ed. Temis. Bogotá, 1965.

(2) Manual de Derecho Penal, p. 165. Buenos Aires, 1960.

“No es admisible la categoría de delitos de mera sospecha, es decir, ni de comisión ni de omisión, que no consisten ni en un hecho positivo ni en un hecho negativo, sino simplemente en un estado individual, que por sí mismo no constituye infracción, pero que es acriminado tan sólo por las sospechas que suscita. Tales serían las contravenciones previstas por los arts. 707 y 708 del Código Penal, por los cuales se castiga a la persona, que, habiendo sido condenado anteriormente, es sorprendida en posesión de llaves falsas o de ganzúas, o también de valores, sin poder justificar su destino o procedencia; y la contravención (arts. 171 y 174, t. ú., ley 63) en que incurre el amonestado que dé lugar a sospechas”.

“En todas estas hipótesis de presuntos delitos sin acción, o como dicen otros, de posición, en realidad la acción no falta. El que es sorprendido en posesión de instrumentos, valores, etc., cuyo destino o procedencia no puede justificar, de ningún modo podrá compararse a una estatua a que se hayan suspendido exvotos. La estatua no obra; en cambio, el portador de aquellos objetos ha tenido que hacer algo para obtenerlos, ha actuado. Y la acción persiste en su comportamiento en apariencia estático, Ya el portar algo es un comportamiento (positivo) actual; y el no poder justificarse es una conducta (negativa) también actual. Y esto basta para que haya acción u omisión”.

“En esta clase de delitos, más que la acción, puede reconocerse un resultado: el peligro que proviene de una conducta ilícita”
(3) *

Nosotros creemos que el delito tipificado en el artículo 256 del Código Penal, requiere para su existencia de una conduc-

(3) Derecho Penal, I, pp. 303-304. Bogotá, 1954.

ta la cual consiste en el apoderamiento por parte del mendigo, de los instrumentos mencionados en dicho precepto.

AUSENCIA DE CONDUCTA.- Este aspecto negativo en el llamado delito de sospecha o de posición, trae como resultado la inexistencia del mismo, pues si el mendigo no se apodera de los instrumentos que enuncia el artículo 256 del Código Penal vigente, no habrá conducta por aplicarse a contrario sensu la primera parte (acto u omisión) del artículo 7o. del citado Ordenamiento.

Puede suceder que el mendigo ejecute la acción para apoderarse de los instrumentos mencionados en el precepto en estudio, debido a una violencia física irresistible (vis absoluta). En este caso, también habrá ausencia de conducta por falta de voluntad en el acto que realiza el sujeto activo, circunstancia que se encuentra prevista en la fracción I del artículo 15 del Código de la materia.

Otros casos de falta de conducta en el denominado delito de sospecha o de posición son el sueño, embriaguez del sueño, sonambulismo, sugestión hipnótica, estado crepuscular hípnico, y narcosis; en todos estos casos hace falta el elemento voluntad que es conducta; por lo que si el mendigo se llegara a encontrar en cualquiera de estas situaciones o en otra capaz de anular la voluntad y en posesión de los instrumentos a que se refiere el artículo 256 del ordenamientos en estudio, nos encontraremos ante la inexistencia del delito por faltar el elemento objetivo.

II.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA el denominado delito de sospecha o de posición puede ser clasificado en orden a la conducta de la siguiente manera:

a).- Es de acción, en cuanto requiere para su existencia de un movimiento corporal; que el mendigo se apodere de un disfraz, armas, ganzúas o cualquier otro instrumento, sólo que esa acción está condicionada al hecho de que el sujeto sea aprehendido en posesión de los instrumentos mencionados.

b).- Es unisubsistente o plurisubsistente porque puede requerir un solo acto o varios para que el mendigo se apodere de los instrumentos a que se refiere el artículo 256 del Código Penal vigente.

III.- En orden al resultado, el delito en estudio, es:

a).- Instantáneo porque al ser aprehendido el mendigo en posesión de los instrumentos a que se refiere el ya citado precepto, el delito se agota.

b).- De mera conducta o formal, en virtud de que al ser aprehendido el sujeto, en posesión de los instrumentos descritos, se agota el delito, no requiriendo ningún cambio en el mundo exterior.

c).- De peligro, en razón de la sospecha de que trata de cometer un delito, y no la lesión de un bien jurídicamente tutelado.

IV.- TIPICIDAD: Este segundo elemento del delito de sospecha o de posición, se presenta cuando el mendigo es aprehendido en posesión de los instrumentos determinados en el artículo 256 del Código Penal vigente.

ELEMENTOS DEL TIPO:

a) SUJETO ACTIVO.- La doctrina está de acuerdo en que el único sujeto activo del delito es la persona física con capacidad jurídica penal, pero distinguiendo, que existen algunos delitos (a

los que se suma el de "sospecha" o de "posición"), en los que para ser sujeto se requiere la existencia de ciertos presupuestos en el autor. Por ello, Edmundo Mezger, al referirse a este tipo de delitos, dice: "Este pensamiento sufre una restricción en el llamado delito especial (*delictum proprium*). Bajo tal concepto se entienden aquellos delitos en los que la posibilidad de ser autor se halla limitada a un círculo determinado de personas" (4), y como asegura Vincenzo Manzini "sólo excepcionalmente, esto es, respecto a determinados delitos, se exige una particular cualidad personal (ejemplo, funcionario público), la cual sirve para especificar el delito (ejemplo, peculado, en relación a la apropiación indebida), cualidad que está comprendida entre los elementos constitutivos del mismo" (5). Este es el caso del delito en estudio, ya que el artículo 256 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en vigor, solo prevee la posibilidad de ser sujeto activo al mendigo. Ese requisito o circunstancia, condición *sine qua non* para que la conducta encuadre en la prescripción citada, determina según Mezger (6) el tipo de un "delito especial" y según Manzini (7) un "presupuesto del delito".

Por nuestra parte, opinamos que los dos tratadistas tienen razón, pues la condición de ser mendigo es en el tipo del delito de sospecha o de posición la base para que exista este "delito especial" y también es un "presupuesto" del referido delito toda vez que exige una determinada cualidad personal en el sujeto activo.

Ahora bien, si el multicitado artículo 256, consigna que el sujeto activo, son los mendigos, necesitamos precisar que personas pueden ser consideradas como tales.

(4) Tratado del Derecho Penal, I, p. 314, Madrid, 1935.

(5) Tratado de Derecho Penal, II, p. 635. EDIAR Soc. Anón. EDITORES. — Buenos Aires, 1948.

(6) Tratado, I, p. 314.

(7) Tratado, II, p. 37.

El código represivo vigente no precisa quienes deben ser considerados mendigos, circunstancia que preveían los códigos penales de 1871 y 1929. Por esta razón recurriremos a los conceptos dados por la Real Academia Española, la doctrina y nuestro derecho penal positivo, a fin de interpretar cuáles son los requisitos que debe llenar la persona que considera mendigo el artículo 256.

El diccionario de la Real Academia Española, nos da el siguiente juicio de mendigo:

“Mendigo, ga. (Del lat. mendicus) m. y f. Persona que habitualmente pide limosna”.

Esta idea es una acepción meramente gramatical, por lo tanto, no nos sirve para determinar correctamente al sujeto activo de dicho delito; pues puede suceder que el vago, sujeto del artículo 255 del ordenamiento comentado, se dedique a pedir limosna y si se diera el caso de que fuere aprehendido con un disfraz o con armas, ganchúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que trata de cometer un delito, no por esa situación se le puede considerar como sujeto del delito prescrito en el artículo 256.

El aserto anterior, lo ilustramos con las anécdotas siguientes: “A mediados de 1964 la policía capitalina detuvo por sospechoso a P. G. R., un individuo de edad madura y apariencia de vagabundo. Al principio P. G. R. se mostró dócil y tranquilo, pero al llegar a la comandancia comenzó a dar señales de angustia y a recorrer con dedos temblorosos una bolsa que llevaba atada a la cintura”

“—A qué tanto miedo? —preguntó un policía—. Qué traes allí?”

"P. G. R. sufrió un ataque de nervios y por sus mejillas sucias rodaron lágrimas. Vacío la bolsa y los policías cambiaron miradas de asombro: estaba llena de billetes. Había 46 de a mil pesos y otros de distintas denominaciones, que sumaban 59300 pesos. P. G. R. llevaba otro saco colgado al cuello y de él salieron un crucifijo de oro, diamantes y otras piedras preciosas, un rosario de perlas y cuarenta figurillas religiosas de oro y plata de las que llaman "milagros".

"—Son mis ahorros de veinte años de trabajo-explicó".

"No se trataba de un ladrón sino de un pordiosero. Una vez que comprobó su condición, la policía se limitó a hacer que P. G. R. depositara el dinero en una cuenta bancaria. El hombre sólo apartó cinco pesos para gastos personales. No necesitaba más, ya que se reincorporó inmediatamente a sus actividades".

"Magnates del harapo hay muchos".

"En cierta ocasión cuando un policía del Distrito Federal detuvo a una pordiosera que había violado un reglamento municipal, la mujer sacó ante el juez una chequera y firmó un documento para cubrir el importe de la multa" (8).

Los dos personajes a que se refieren las anécdotas, pueden ser considerados dentro de la lengua española como mendigos porque habitualmente piden limosna. Pero jurídicamente, se trata de simuladores de mendigos (vagos), cuyas conductas quedan tipificadas en los términos del artículo 255 del Código Penal vigente.

El profesor Rafael de Pina, al comentar el artículo 256, expone el siguiente concepto de mendigo:

(8) Revista Contenido, p. 63, junio 1965.

“Se entiende por mendigo o mendicante, la persona que habitualmente se dedica a pedir limosna; esta habitualidad le constituye en una situación especial; el estado de mendicidad” (9).

Esta opinión, a pesar de ser un comentario sobre el artículo 256, adolece de los mismos defectos que el juicio apuntado anteriormente, pues deja abierta la puerta a los simuladores de mendigos; por lo tanto, en opinión personal, no es suficiente para considerar a una persona como mendigo, dentro de los lineamientos del código penal, el hecho de que pida limosna habitualmente.

En tercer término, nos remitimos al concepto de mendigo consagrado en el código represivo de 1871, donde el artículo 858 prescribe: “Mientras no se establezcan hospicios y talleres especiales para mendigos, la autoridad política podrá conceder licencia para pedir limosna á aquellos que le acrediten hallarse impedidos para trabajar y carecer de recursos para subsistir, por solo el tiempo que duren esas causas”. Este concepto ha quedado en desuso, ya que el código penal vigente, no exige para ser considerado mendigo, el otorgamiento de una licencia.

Finalmente, en el Código de Almaraz (1929), se estableció, en el artículo 871, el siguiente concepto de mendigo: “Mientras no se establezcan asilos o talleres especiales para mendigos, o cuando no haya plazas vacantes en ellos, el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social podrá conceder licencia para pedir limosna:

“I.- A aquellos que comprueben estar permanentemente incapacitados para trabajar y carezcan de recursos para subsistir”.

(9) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales (COMENTADO), p. 199, 2a. ed. México, 1952.

"II.- A aquellos que acrediten encontrarse impedidos para trabajar temporalmente y carezcan de recursos para subsistir".

"Las licencias sólo durarán el tiempo que duren las causas que las motivaren".

La crítica que se puede hacer a la definición anotada, es la misma que al concepto anterior, toda vez que también se requiere para ser mendigo una licencia, circunstancia que no exige el artículo 256 del Código Penal vigente; por ende, tampoco podemos aceptar este concepto.

A juicio nuestro, el mendigo a que se refiere el artículo 256 del Código Penal vigente, es toda persona que pida limosna, por encontrarse incapacitada para trabajar y carezca de recursos patrimoniales que le permitan subsistir. Con este concepto de mendigo, se evita la confusión que pueda existir con el simulador de mendigo, el cual se distingue de aquel en que no tiene impedimento para trabajar o bien, que teniendo recursos patrimoniales para subsistir se dedica a pedir limosna.

b) SUJETO PASIVO.- El sujeto pasivo del delito es definido doctrinariamente como el titular del derecho lesionado, o sea el poseedor de un bien jurídico. De este concepto se desprende la existencia de dos clases de sujetos pasivos, uno substancial que puede ser persona física o moral y otro formal que es el Estado, por lo que debemos determinar quién de estos dos tipos de sujetos es el titular o poseedor del interés que lesiona el denominado delito de sospecha o de posición.

De la lectura del artículo 256 del Código Penal vigente, vemos que no se encuentra determinado quién es el sujeto pasivo de este delito, como en otros tipos en los que se menciona o existe

un indicio; por ejemplo en todos los delitos contra la vida y la integridad corporal en los que el sujeto pasivo es la persona física.

Siendo el tipo de sospecha o de posición, de los delitos que son considerados por la doctrina, de peligro común, el sujeto pasivo de este delito al igual que los demás de esa clase, es el Estado; hay que tener presente también para ratificar esta situación jurídica el pensamiento de Manzini, cuando escribe: "No es jurídica la teoría que enumera a la sociedad entre los sujetos pasivos del delito. Aun cuando la tutela penal tiene por objeto intereses sociales, y no estrictamente estatales, estos intereses son asumidos como propios, a los fines de la protección penal, del Estado, mientras la sociedad carece de personalidad jurídica, y, por consiguiente, no puede ser titular de intereses jurídicos" (10). De lo que desprendemos, que el Estado al asumir como propios los intereses tutelados es en última instancia el único sujeto pasivo de cualquier delito.

c).- BIEN JURIDICO TUTELADO.- Como ya vimos, el objeto jurídico del delito en estudio, ha variado en nuestra legislación penal. Así hemos visto que, en un principio fué el "ORDEN PUBLICO" (Código de 1871); en el ordenamiento posterior, el bien jurídico es la "ECONOMIA SOCIAL" (Código de 1929); en el Código vigente, el objeto jurídico de este delito es la "ECONOMIA PUBLICA" (1931); finalmente, en el Anteproyecto de 1958 y el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, el bien jurídico tutelado es la "SEGURIDAD PUBLICA".

Para poder determinar cuál es el bien jurídico que se lesiona con el delito de sospecha o de posición, ha menester precisar

(10) Tratado, II, p. 21. Nota No. 21

cada uno de los conceptos enumerados en nuestros distintos ordenamientos y anteproyectos y proyectos penales.

En primer término, nos referiremos al orden público, el cual Rocco determina con las siguientes palabras: "El orden público tutelado por el derecho penal forma parte, indudablemente, del orden público general; pero específicamente, se refiere al buon assetto y el regolare andamento del vivere civile, a los que corresponden, en la colectividad, la opinión y el sentido de la tranquilidad y de la seguridad. El orden público no puede confundirse con el más amplio concepto de orden jurídico. No es exacto que los dos conceptos coincidan. El orden jurídico es concepto, no diré diverso, sino, ciertamente, más amplio, en el cual entra toda la vida del hombre, en toda su manifestación y expresión; y, así entendido, el orden jurídico no puede constituir el contenido de una categoría más restringida, cual es la del orden público, que antes he determinado. De donde resulta que la relación entre orden jurídico y orden público puede fijarse en el sentido de que el uno se encuentra, respecto del otro, en función de límite, lo que significa que la tutela del orden público debe ejercitarse y desenvolverse no más allá de los confines del derecho" (11).

Maggiore al tratar este tema, lo hace con mayor claridad que el autor que le antecede, y nos dice: "El orden público no es el ordenamiento jurídico como sistema de normas y sistema de entidades, que son los titulares de la norma; ni es tampoco el ordenamiento estatal, es decir, el sistema particular de normas y entidades que preside el Estado como sujeto de imputación".

"Orden público tiene dos significados objetivamente, denota la coexistencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo la

(11) Rocco. Citado por Eusebio Gómez en su Tratado de Derecho Penal, V, - p. 193. Buenos Aires, 1941.

soberanía del Estado y del derecho; subjetivamente, indica el sentimiento de tranquilidad pública, la opinión de seguridad social, que es la base de la vida civil. En este sentido, orden es sinónimo de paz pública" (12).

Con relación al concepto de orden público, creemos que el Código de Martínez de Castro, tutelaba con ese término la tranquilidad, seguridad, o paz pública. Nuestra Constitución Federal, usa para el término orden público (entre otros, artículo 20 fracción VI), los sinónimos de paz pública (artículos 7, 29, etc.); tranquilidad (artículo 30 fracción III), y seguridad pública (artículo 32).

Otro término, relativo al bien jurídico protegido en el delito de sospecha o de posición, es la "ECONOMIA SOCIAL". Este concepto es usado por primera vez, por el tratadista italiano Pessina, el cual nos habla de delitos "relativos a los intereses económicos de la sociedad humana" (13); en los que incluía: 1) el ocio, la vagancia y la mendicidad improba; 2) las lesiones de la libre competencia; 3) el fraude comercial; 4) la bancarrota.

Los redactores del código conocido con el nombre de Almaraz (1929), hablan de un concepto de economía social que coincide con los lineamientos de la idea transcrita; sin embargo, nosotros creemos que este concepto es sinónimo de economía pública; ya que ambos se refieren a las relaciones humanas consistentes en la producción, circulación, distribución y consumo, y por ende, trataremos este punto en los renglones siguientes.

Un concepto más del objeto jurídico que lesiona el delito de sospecha o de posición, es el que señala nuestro Código Penal vigente, con el nombre de "ECONOMIA PUBLICA". Este concepto, Maggiore lo define como sigue:

(12) Derecho Penal, V, p. 441. Bogotá, 1956.

(13) Citado por Maggiore en su Derecho Penal, IV, p. 3.

“Economía pública es el conjunto de relaciones humanas que tienen por objeto satisfacer las necesidades materiales. Estas se satisfacen mediante la riqueza, cuyo ciclo se desarrolla a través de cuatro momentos: producción, circulación, distribución y consumo. La economía pública, pues, comprende el dinamismo de la riqueza en cuanto se produce, circula, se reparte y se consume con el mayor provecho para la sociedad y los individuos. Si la riqueza se considera, no en relación con la comunidad internacional, sino con la sociedad nacional, tenemos la economía nacional, que es la que el Código Penal ampara preferentemente. La concepción que podemos llamar nacionalista y corporativista de la economía, se contrapone a la individualista y liberal, que domina el siglo XIX”.

“En la doctrina en que se inspira el Código vigente, la nación es una unidad moral, pública y económica; la producción es concebida como unitaria, desde el punto de vista nacional, y sus fines se resumen en el bienestar de los individuos y en el desarrollo del poder nacional (Carta del trabajo, I, II)” (14).

Como ya dijimos en renglones anteriores, a nosotros nos parece que los conceptos economía social y economía pública, son sinónimos uno del otro, ya que ambos se refieren a la producción, circulación, distribución y consumo.

Finalmente, en el Anteproyecto de 1958 y Proyecto de Código Penal tipo de 1963, se designa como bien tutelado contra el delito de sospecha o de posición la “SEGURIDAD PUBLICA”, concepto que Eusebio Gómez, transcribe de una tesis de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital —Buenos Aires—, que a la letra dice: “El bien jurídico de la seguridad e incolumidad pública, que consiste en el complejo de las condiciones garantidas por el orden jurídico, que constituyen la seguridad

(14) Derecho Penal, IV, p. 3.

de la vida, de la integridad personal, de la salud, del bienestar y de la propiedad, como bienes de todos y de cada uno, independientemente de su pertenencia a determinados individuos" (15).

De este aserto, colegimos que seguridad pública y orden público son sinónimos entre sí, pues ambos, tienen notas idénticas tal como se demostró en el uso indistinto que hace nuestra Carta Magna de uno y de otro.

Una vez delineados y aclarados los diversos conceptos de bien jurídico que ha sido señalado como el que se lesiona con el delito de sospecha o de posición, estamos en posibilidad de determinar a nuestro juicio, cuál es el objeto jurídico que se protege en dicho delito.

Evidentemente, la economía social o pública, no sufre ninguna lesión directa; ya que, el mendigo —sujeto activo de este delito—, no ataca la producción, circulación, distribución, ni el consumo. Por otra parte, la doctrina ha señalado un conjunto de delitos económicos, en los cuales no figura el delito de sospecha o de posición; v. gr., el caso del Código Penal Italiano vigente, en el que del artículo 499 al 509, prevee los delitos contra la economía pública.

Es por ello, que creemos que el bien jurídico que lesiona con su conducta el mendigo que siendo aprehendido con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que trata de cometer un delito, atenta contra el orden público o seguridad social, ya que crea un ambiente de inseguridad.

ATIPICIDAD.- En el llamado delito de sospecha o de posición habrá atipicidad, cuando la conducta del mendigo, no se

(15) Tratado, V, p. 17.

adecúe al tipo del artículo 256 del ordenamiento en vigor, por alguno de los siguientes motivos:

1o.- Por faltar la calidad requerida por la ley en el sujeto activo; esto es, que siendo aprehendida una persona en posesión de disfraz, armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que de motivo para sospechar que trata de cometer un delito, no tenga la calidad de mendigo. Esto sería para Mezger (16), el tipo de un "delito especial", y para Manzini (17), se trataría de un "presupuesto" del delito.

2o.- Cuando siendo aprehendido un mendigo no se le encuentre en posesión de alguno de los instrumentos a que se refiere el artículo 256.

V.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO: El delito de sospecha o de posición es:

a).- Fundamental o básico, por no contener circunstancias que impliquen agravación o atenuación de la pena.

b).- Independiente o autónomo porque no requiere para su existencia referencia a otro tipo penal; tiene vida por sí mismo, conteniendo sus propios elementos constitutivos.

c).- De resultado cortado o de resultado anticipado, toda vez que el delito de sospecha o de posición, en el iter criminis se consuma en la fase preparatoria.

d).- Con medios legalmente limitados o de formulación casuística.

(16) Tratado de Derecho Penal, I, p. 314. Madrid, 1935.

(17) Tratado de Derecho Penal, II, p. 37. Buenos Aires, 1948.

e).- Anormal, por contener en su descripción, elementos normativos, al indicar: Disfraz, armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que de motivo para sospechar que tratan de cometer un delito.

f).- Alternativamente formado en cuanto al medio, ya que puede ser realizado mediante la posesión de cualquiera de los instrumentos a que se refiere el precepto que se analiza.

VI.- ANTIJURICIDAD: Este elemento se presenta, usando la excepción regla de que se presume que toda conducta típica es antijurídica, cuando la posesión de los instrumentos por parte del mendigo no esta amparada por ninguna causa de justificación.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.- En el llamado delito de sospecha o de posición, consideramos inoperantes las causas de justificación que enumera taxativamente el artículo 15 en sus fracciones III, IV, V, VII y VIII, del Código Penal en estudio, ya que por su propia naturaleza resulta imposible pensar que pueda cometerse este delito, bajo el amparo de alguna de ellas.

VII.- IMPUTABILIDAD: En nuestro delito, la imputabilidad es idéntica a la de los demás ilícitos, en virtud de que el mendigo, sujeto activo, necesita ser capaz de querer y entender, según se desprende de la interpretación a contrario sensu de la fracción II del artículo 15 del Cuerpo de leyes en estudio, para que pueda considerarse imputable.

INIMPUTABILIDAD.- Este elemento negativo aplicado al delito en estudio, es dable cuando existen cualquiera de las circunstancias establecidas en la fracción II del artículo 15; pues el mendigo que sea aprehendido en posesión de los instrumentos

enumerados por el artículo 256, que se encuentre en dichas hipótesis, será inimputable por no tener capacidad de querer o entender.

VIII.- CULPABILIDAD: La culpabilidad en el delito materia de esta tesis, consiste en el nexo psíquico reprochable al mendigo por su conducta realizada, porque basta la acción del mendigo para poseer conciente y voluntariamente disfraz, armas, gánzúas o cualquier otro instrumento, sin que sea necesario que demuestre la intención de emplearlos en un fin ilícito.

INCULPABILIDAD.- Desde luego se descarta la posibilidad de la operancia de alguna de las causas de inculpabilidad que nuestra Ley señala en el artículo 15 fracciones IV, VI y IX, del código penal.

IX.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CULPABILIDAD: La especie de culpabilidad que se presenta en este delito es el dolo, ya que no se concibe que el mendigo se apodere imprudentemente de los instrumentos a que se refiere el artículo 256 del Código Penal vigente.

X.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD: En el delito de sospecha o de posición no existen condiciones objetivas de punibilidad, toda vez que no las exige la Ley.

XI.- PUNIBILIDAD: Para el delito en estudio, este aspecto positivo, consiste en la pena aplicable al mendigo y que es "de tres días a seis meses de prisión", la cual se establece en el artículo 256.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- En el delito de sospecha o de posición, no es dable ninguna excusa absolutoria en virtud de que por la misma naturaleza del delito no se pueden otorgar por causa de política criminal.

XII.- FORMA DE APARICION DEL DELITO DE SOSPECHA O DE POSICION: Igual que los demás delitos, el de sospecha o de posición tiene los mismos momentos para su nacimiento, en lo que concierne a la fase interna, o sea, una concepción deliberación y decisión; en cuanto a la fase externa, este delito, se agota en los actos ejecutivos, como veremos en su oportunidad.

1.- FASE INTERNA: Esta fase se inicia con la concepción, que es la idea o intención en el intelecto del mendigo de apoderarse de alguno o algunos de los instrumentos que la ley determina para la existencia del delito; la deliberación consiste en decidirse a apoderarse o no de los objetos a que se refiere el artículo 256 del Código Penal vigente; la fase interna concluye con la decisión, que es la determinación intelectual del mendigo, de apoderarse de tales instrumentos.

2.- FASE EXTERNA: En esta fase, surge la interrogante. Será susceptible de aplicarse todos los momentos por los que pasa la vida de un delito? . Es evidente que el delito de sospecha o de posición, no pasa como lo apuntábamos al principio, por todos los momentos de la fase externa de los demás delitos; pues es necesario advertir que nos encontramos frente a dos clases de delitos, unos materiales o de resultado, entre los que podemos citar el homicidio, el robo, el fraude, etc., y otros que son formales y que se consuman poniendo en amenaza un bien individual o colectivo, tales como la amenaza, la falsedad, etc.

En los últimos delitos está ubicado el de sospecha o de posición, en virtud de poner en peligro el bien "ECONOMIA PUBLICA" según puede leerse en el Ordenamiento Represivo vigente, por lo que debe concluirse que este delito se agota como indicamos, en la etapa de "actos ejecutivos".

B I B L I O G R A F I A

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, 1960.

BETTIOL. Derecho Penal. Ed. Temis. Bogotá, 1965.

CENICEROS, José Angel. El Código Penal de 1929 y Datos Preliminares del Nuevo Código Penal de 1931.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal (Parte General), I, 9a. ed. 1953.

DE PINA, Rafael. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales (comentado). 2a. Ed. México, 1952.

GRISPIGNI. Diritto Penale Italiano. Padova, 1945.

GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1939.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Ed. 1958.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Bogota 1954 y 1956

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1948.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Madrid, 1935.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de la Parte General de Derecho Penal. México, 1958.

———Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. 3a. Ed. México, 1964.

ORDENAMIENTOS LEGALES CONSULTADOS

Código Penal Español de 1848.

Ley Relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 (española).

Código Penal Italiano, vigente.

Código Penal Venezolano, vigente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México de 1831.

Código Penal del Estado de Veracruz de 1835.

Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1871.

Trabajos de Revisión al Código Penal de 1871.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

Proyecto de Reformas al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1942.

Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949.

Proyecto Chico Goerne de Código Penal del año de 1958.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958.

Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

I N D I C E

C A P I T U L O I

SUMARIO: I.- GENESIS DE LA TERMINOLOGIA, "DELITO DE SOSPECHA Y DELITO DE POSICION". II.- CRITICAS. III.- EL TERMINO "PRESUNCION DE ACCION". CRITICA. IV.- LA LEY PREVENTIVA ESPAÑOLA DE 4 DE AGOSTO DE 1933: A) LEY RELATIVA A VAGOS Y MALEANTES; B) CRITICAS; C) OPINIONES DE EUGENIO CUELLO CALON Y LUIS JIMENEZ DE ASUA; D) CRITICA A JIMENEZ DE ASUA. V.- DIFERENCIAS ENTRE LA LEY PENAL Y LA PREVENTIVA Y SUS EFECTOS EN EL TIPO DE SOSPECHA O DE POSICION; A) TEORIAS AL RESPECTO: 1 TEORIA POSITIVISTA; 2 TEORIA MONISTA; 3 TEORIA DUALISTA. B) CRITICAS A ESTAS TEORIAS Y SU APLICACION AL DELITO DE SOSPECHA O DE POSICION.

C A P I T U L O II

SUMARIO: I.- LA LEGISLACION PENAL MEXICANA. II.- EL CODIGO PENAL DE 1835 DEL ESTADO DE VERACRUZ. III.- EL CODIGO PENAL DE 1871 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA. IV.- TRABAJOS DE REVISION AL CODIGO PENAL DE 1871. V.- EL CODIGO PENAL DE 1929 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. VI.- EL CODIGO PENAL DE 1931, VIGENTE, PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. VII.- EL PROYECTO DE REFORMAS DEL AÑO DE 1942, AL CODIGO PENAL VIGENTE. VIII.- EL PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1949.

IX.- EL PROYECTO CHICO GOERNE DE CODIGO PENAL DEL AÑO DE 1958. X.- EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1958. XI.- EL PROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO DE 1963.

C A P I T U L O I I I

SUMARIO: I.- CONDUCTA Y SU AUSENCIA. II.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA. III.- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO. IV.- TIPICIDAD. ELEMENTOS DEL TIPO: a) SUJETO ACTIVO; b) SUJETO PASIVO; c) BIEN JURIDICO TUTELADO. ATIPICIDAD. V.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO. VI.- ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION. VII.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. VIII.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. IX.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CULPABILIDAD. X.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. XI.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS. XII.- FORMA DE APARICION DEL DELITO DE SOSPECHA O DE POSICION: 1.- FASE INTERNA. 2.- FASE EXTERNA.

**TRABAJO ELABORADO EN EL
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**